Der Empfangsbote

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der iuristischen Doktorwürde der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Karl Dötzer

Gerichtsreferendar aus Braunschweig

Marburg 1930

Druckerei Gutenberg, Braunschweig

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. Oktober 1930.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Gliederung

I. Teil. Das Zugehen von Willenserklärungen.
1. Die geschichtliche Entwicklung der Empfangstheorie.
2. Die Empfangstheorie und die Vernehmungstheorie sind durch die Ausdrucksformen der Schriftlichkeit oder Mündlichkeit bedingt.
3. Der Zugangsbegriff.
   a) Titze's Besitztheorie.
   b) Die Ansicht der herrschenden Meinung und die Kritik Brodmanns an der herrschenden Meinung.

II. Teil. Die Mittelspersonen, Stellvertreter und Bote, bei der Uebermittlung des Zuganges von Willenserklärungen.
1. Die gesetzlichen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches.
2. Die wissenschaftlichen Lehren über die rechtliche Natur des Boten.
   a) Die Theorie der „generischen Gleichstellung" von Bote und Stellvertreter.
   b) Die Theorie der „generischen Trennung".
3. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Boten.
   a) Die Theorie Iherings.
   b) Die Willenstheorie.
   c) Die Theorie des äußeren Auftretens.

III. Teil. Gibt es einen Empfangsboten?
1. Die passive Stellvertretung.
2. Die Empfangsbotenlehre.
3. Die Empfangspersonen sind entweder Vertreter des Erklärungsempfängers oder Bote des Erklärenden.
4. Das Verhältnis des passiven Stellvertreters zum Boten des Erklärenden.

Literatur-Verzeichnis

Albrecht und Tentler, Recht der Agenten, ein Kommentar zu §§ 84—92 H. G. B., 1908..

Asch, Cohn, der Empfangsbote, J. W. 1930, S. 1293.

Archiv für Bürgerliches Recht.

Archiv für die Civilistische Praxis.

Assmann, Die Rechtsstellung des Boten, 1906.

Bähr, Ueber Irrungen beim Contrahieren durch Mittelspersonen, Ih. Jahrb., Bd. 6, 1883.

Bekker, Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. II, S. 243 ff.

Bieber, Der Zugang empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen, Würzb. Diss. 1908.

Biermann, Bürgerl. Recht, Bd. I, Berlin 1908.

von Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen, Iherings Jahrb. 51, S. 1 ff.

Breit, J., Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Sächs. Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 15.

Breit, M., Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung, Seufferts Bl. f. R. A., Bd. 71, S. 589 ff.

Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.

Brodmann, in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrecht 4. 2.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852.

Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen, Bd. 4, Nr. 3, 1804.

Cohn, Der Empfangsbote, Breslau 1927.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl.

Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts auf der Grundlage des B. G. B., Tübingen und Leipzig 1900.
Curtius, Die Stellvertretung beim Eingehen von Verträgen, Arch. für Zivil. Praxis, Bd. 58, S. 69.
David, in Gruchots Beiträgen, Bd. 46.
Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl., Bd. 1, 1906.
Dernburg, Pandekten, 9. Aufl.
Deutsche Juristen-Zeitung (D. J. Z.).
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl.
Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1913.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht, Berlin 1903.
Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, Berlin 1906.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8.—9. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9.—11. Aufl., Bd. I. 1.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Fabricius, Welche Wirkungen hat die Nichtannahme von Schriftstücken und die Verhinderung ihres Zugehens? Götting. Diss. 1926.
Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten, Erl. Diss.
Fleck, Der Bote, Eine Studie zum B. G. B., Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 337 ff.
Franzke, Rechtsstellung des Boten, Bresl. Diss. 1912.
Friedeberg, Die Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere auch bei einer Mehrheit von Vertretern nach B. G. B., Berlin 1904, Freiburg.
Fritze, im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 14.
Fromm, Der Bote, Berlin 1908.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Begründet von Gruchot.
Habicht, in D. J. Z. 1901, S. 265 ff.
Haumann, Die Nichtannahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen, Erl. Diss. 1913.
Hellmann, Stellvertretung im Rechtsgeschäft, 1882.
Hellwig, in J. W. 1905, S. 356 ff.
Fischer-Henle, B. G. B., München 1912.
Hepner, Der Bote ohne Ermächtigung, 1913, S. 10.
Hölder, Kom. z. B. G. B., Allgem. Teil, 1900.
Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.
Ihering, J., Ih. Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts.
Immerwahr, Das Recht der Handelsagenten, Breslau 1900.
Josef, i. d. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1905, S. 402.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem B. G. B., Bd. 2, Jena 1899.
Josephi, Vom Zugehen der empfangsbedürftigen Willenserklärung, Heidelbg. Diss. 1909.
Jung, Das Wirksamwerden der mündl. an Mittelspersonen bestellten Willenserklärung, Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 117, Seite 73 ff.
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins.
Kantorowicz, Methologische Studie über den Zugangsbegriff, Hannover 1917.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877.
Kipp, bei Windscheid.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Berlin 1906.
Kohler, Ueber den Vertrag unter Abwesenden, Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 1.
Kolping, Bote und Stellvertreter, Erl. Diss. 1913.
Köppen, in Ih. Jahrb., Bd. 11, S. 373.
Koppers, Die Vollendung der empfangsbedürftigen mündl. Willenserklärung, in Gruchot 46, S. 225 ff.
Koppers, D. J. Z. 1906.

Kühn, in Ih. Jahrb. 16, S. 1.
Kunstmann, Das „Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130, 131 B. G. B., Erl. Diss. 1906.
Laband, Die Stellvertretung beim Abschlusse von Rechtsgeschäften nach dem allgem. deutsch. H. G. B. Goldschmidts, Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 10, S. 183.
Landsberg, Das Recht des B. G. B., 1903, I., S. 213.
Lehmann-Ring, Kommentar vom H. G. B., Bd. I., 2. Auflage, 1914.
Leonhard, R., Der allgem. Teil des B. G. B., Berlin 1900.
Leonhard, Fr., Bürgerl. Recht, Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl.
Leonhard, Fr., Die Wahl bei der Wahlschuld, Ih. Jahrb. 41, S. 1 ff.
Locquenghien, Der Empfangsvertreter, Marburger Diss.
Maier, Der Bote, Götting. Diss.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Makower, H. G. B. mit Kommentar, 13. Aufl., Berlin 1906/07.
Marcus, Im Recht, 1907, S. 46.
Mathiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts, 5. Aufl., Berlin 1910.
Menz, Der Empfangsbote, Bresl. Diss. 1922.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem B. G. B., Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, Teil I., Tübingen 1921.
Oertmann, Kom. zum B. G. B., 3. Aufl.
Oertmann, Zugehen und Vernehmen, Recht, 10.
Plank, Kom. zum B. G. B., 3. und 4. Aufl.
Plettenberg, Vertreter und Bote bei Empfangannahme von Willenserklärungen, Erlang. Diss. 1917.
Puchta, Lehrb. der Pandekten, 12. Aufl., Leipzig 1877.
Rathenau, D. J. Z. 1902, S. 147 ff.
Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hrsg. Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, I., S. 23 ff.
Regelsberger, Pandekten, S. 586, 1856.
Rehbein, Das B. G. B. mit Erläuterungen, Berlin 1899.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Ha. Rechts, Berlin 1900.
Rhodovi, Das Wirksamwerden der empfangsbedürftigen Willenserklärung durch Zugehen, Rostock. Diss. 1911.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß auf Grundlage der Stellvertretungslehre des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1908.
Sächsisches Archiv f. Bürgerl. Recht und Prozeß, Leipzig.
von Scheurl, Ih. Jahrb. 2, S. 248 ff. und 3, S. 258 ff.
Schliemann, Beiträge zur Lehre v. d. Stellvertretung beim Abschluß oblig. Verträge, Zeitschr. f. das gesamte H. R., Bd. 16, S. 1.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1900.
Seufferts, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Schneider, Arch. f. Bürgerl. Recht, 25, S. 269.
Schüler, Die Verhinderung des rechtzeitigen Zugehens einer Willenserklärung durch den Empfänger, Bresl. Diss. 1910.
Seufferts, Blätter für Rechtsanwendung.
Seuffert, in Seufferts Archiv, 7, S. 17.
Siecke, Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen? Rost. Diss. 1905.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1868.
Sokolowski, Willenserklärungen mittels Fernsprechers und Ferndruckers, Rostocker Diss. 1908.
von Staudinger, Kom. zum B. G. B. und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl.
Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch, V, 1. Seite, 218 folgende.
Sperber, Fragen zur Botenlehre des B. G. B., Jenaer Diss., Seite 19.
Staub, Kommentar zum H. G. B., Bd. II, 9. Aufl., Berlin 1913.
Thiele, Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 89.
Titze, Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.

Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, Ih. Jahrb. 47, S. 379 ff.
Thoel, Das Handelsrecht, 6. Aufl., Leipzig 1879.
von Tuhr, Der allgem. Teil des B. G. B., Bd. II, 1914.
Unger, System des allgem. östr. Privatrechts, II., 1899.
Vangerow, Lehrb. der Pandekten, 7. Aufl.
Voswinkel, Die unrichtige Uebermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten, Arch. für Bürgerl. Recht, 32, S. 386 ff.
Wendt, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 92, S. 210 ff., Bd. 100, S. 1 ff.
von Wening-Ingenheim, Arch. f. civil. Praxis, 2, S. 267 ff.
Wieland, Handelsrecht, I. Bd., München und Leipzig 1921.
Windscheid, Pandekten, 9. Aufl.
Zander, Gruchots Beiträge 52, S. 306.
Zimmermann, Die Lehre v. d. stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1. Teil, Berlin 1889.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Erster Teil

Das Zugehen von Willenserklärungen

1. *Die geschichtliche Entwicklung der Empfangstheorie*

Da die Lehre vom „Empfangsboten" im Zusammenhang mit den Erörterungen über das „Zugehen von Willenserklärungen" entstanden ist, erscheint es uns folgerichtig, zuerst den Begriff des „Zugehens von Willenserklärungen"zu untersuchen.

Während die Quellen über das Wirksamwerden von Willenserklärungen schwiegen, herrschte hierüber unter den Wissenschaftlern des gemeinen Rechts Streit. Im scharfen Gegensatz standen die Anhänger der Deklarationstheorie[1]) zu denen der Vernehmungs-, Resziszions-, Rekognitionstheorie [2]). Betonten erstere, daß die Willenserklärungen bereits mit der Abgabe wirksam werden, so forderten die letzteren, daß die Erklärung dem Empfänger zum Bewußtsein gekommen sein müsse. — Neben diesen beiden Theorien gab es noch die Entäußerungs-, Absendungs- oder Uebermittlungstheorie [3]) und die Empfangstheorie [4]). Nach den Anhängern der Absendungstheorie mußte die Erklärung abgesandt sein, während die Empfangstheorie die Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam werden ließ, wenn sie an den Empfänger gelangt war. Die Letztere setzte

---

[1]) Puchta: § 251a, Kühn: Iherings Jahrbücher 16 (ähnlich), von Scheurl: Ih. J. 2, 248 ff, Sintenis: 2, S. 246 ff., Bülow und Hagemann: Prakt. Erörterungen 4, S. 20 ff., v. Wening-Ingenheim: Arch. Zivil. Praxis 2, 267 ff. — Weitere Literaur bei Windscheid-Kipp 2, § 306.

[2]) S. Windscheid-Kipp 2, § 306, Bekker: Jahrb. d. gem. Rechts 2, S. 342 ff., S. 116 ff., 295 ff. (3).

[3]) Köppen: Ih. Jahrb. 11, 373, v. Scheurl: Ih. Jahrb. 3, 258 u. a.

[4]) Emminghaus, Hasenörhl, Hauser, Karlowa, Schott, Dernburg 2 § 11, Seuffert: i. Seufferts Arch. 7, S. 17, u. a. sieh. auch Windscheid-Kipp 2, § 306.

sich schon im gemeinen Recht immer mehr durch, und sie fand in den Artikeln 320, 321, des a. H. G. B. ihren ersten gesetzlichen Niederschlag. Auch das B. G. B. folgt dieser Theorie, da als Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen unter Abwesenden der Zugang festgelegt wurde. — Der § 130, 1 B. G. B. lautet:

Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. —

Hatten die Verfasser des B. G. B. durch den § 130 gehofft, den gemeinrechtlichen Streit für immer begraben zu haben, so trifft dieses insoweit sicherlich zu, als uns der § 130 sagt, daß Erklärung und Absendung nicht genügen, aber auch Kenntnisnahme nicht nötig ist. — Doch er sagt auch nicht mehr. — Es muß zugegeben werden, daß durch die Einführung des Zugangsbegriffes noch keine genaue Festlegung des Zeitpunktes erfolgt ist; denn das Zugehen bezeichnet nur ein Gelangen zum Adressaten, läßt aber nicht erkennen, wie weit die Erklärung gelangt sein muß [5]). Durch diese Feststellung haben wir uns schon unser Ziel gesteckt. Es muß unsere Aufgabe sein, diesen Zeitpunkt zu finden und ihn genau abzugrenzen.

Zwar wird es unmöglich sein, eine derartige juristische Definition aufzustellen, die nicht nur für die Vielheit, sondern für alle nur irgendwie denkbaren Fälle unseres Lebens gilt [6]), aber diese Erkenntnis darf uns nicht abhalten, dahin zu streben, sich einem allgemein gültigen Begriff zu nähern.

Es fällt uns sofort auf, daß das Gesetz von einem „Zugehen" nur im Zusammenhang mit „in dessen Abwesenheit" spricht. Es scheint daher auf den ersten Blick, als müsse zwischen Abwesenheit und Anwesenheit geschieden werden. Abwesend im Sinne dieses Paragraphen ist dann jemand, wenn ich mit ihm nicht unmittelbar verhandele. Aus welchen Gründen, und in welcher Form, ob schriftlich oder in sonst einer verkörperten Erklärung, ich es tue, oder ob ich in räumlicher Nähe bin, ist

---

[5]) Leonhard: Wahlschuld S. 34.

[6]) Kantorowicz: S. 36 bezeichnet sie wohl als „verweisende Begriffe".

nicht maßgebend [7]). — Die Erklärungen unter Anwesenden sind im Gesetze nicht geregelt.

Es ist der Wissenschaft überlassen, den Zeitpunkt des Empfangs festzulegen [8]). Doch würde es sich bei dieser Trennung um eine rein äußerliche, nur dem Wortlaut des Gesetzes folgende, handeln. Es ist auch nicht so, daß man lediglich aus den Worten „in dessen Abwesenheit" eine Voraussetzung für die Anwendung der Empfangstheorie [9]) sehen kann, und daß sie darum bei Erklärungen unter Anwesenden ausgeschlossen ist. — Gegenüber dem Moment der Abwesenheit sind die Worte „die einem Anderen gegenüber abzugeben ist" nur eine Bedingung, von welcher der Eintritt der Wirksamkeit abhängig gemacht werden soll. Abwesenheit und Empfangsbedürftigkeit stehen aber nicht kumulativ nebeneinander [9a]). Es ist also weiter zu untersuchen, ob die Empfangstheorie auch für Erklärungen unter Anwesenden genügt. — Dieses wird von verschiedenen Schriftstellern angenommen [10]). Sie können keinen Anhaltspunkt dafür finden, die Empfangstheorie auf Willenserklärungen unter Anwesenden nicht anzuwenden, da sie begrifflich den praktischen Bedürfnissen am besten entspräche. Etwas mehr fordern diejenigen [11]), die außer dem Zugehen, objektive Wahrnehmbarkeit der Erklärung verlangen. — Die Vertreter dieser Ansichten, die, was zugegeben werden muß, mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar sind, übersehen aber ein bedeutsames Moment „die

---

[7]) Endemann: a. a. O. § 66, 4, Hölder: B. G. B. Anm. 2, § 130, Josephi: a. a. O. S. 14, Staudinger: a. a. O. Anm. 4, § 130, Rehbein: a. a. O. Anm. 1, 2 zum 3. Abschnitt II. Tit.

[8]) S. Motive — Bd. 1, § 74, S. 156 „Einbezogen sind nicht diejenigen Willenserklärungen, welche in Anwesenheit der Person erfolgen, welcher gegenber sie zu bewirken sind. Die Entscheidung ergibt sich insoweit der Regel nach aus der Natur der Sache. Eine Lösung der Zweifel, zu welchen besonders geartete Fälle vielleicht Anlaß bieten mögen, ist nicht Aufgabe des Gesetzes".

[9]) Fleck: S. 405.

[9a]) Plettenberg: S. 28.

[10]) Hölder: Zur Theorie der W. E. S. 20 und a. a. O. zu § 130, Koppers: In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 221, Isay: a. a. O. 3, 2 S. 94 und W. E. im Tatbestand des Rechtsgeschäfts S. 99, Staudinger: a. a. O. Vorbemerkung 3 zum 3. Abschn. II. Tit. und § 130 Ziff. 1, Reichsgericht: J. W. 1905, 488, 716.

[11]) Endemann: a. a. O. § 66, 4 und Anm. 27, Goldmann-Lilienthal: a. a. O. § 42, 3, 2, Leonhard: Bgl. R. § 71, 4, Cosack: a. a. O. § 59, 1, 1a.

verschiedenen Ausdrucksformen der Schriftlichkeit und der Mündlichkeit". Je beständiger erstere ist, desto unbeständiger die letztere [12]).

2. Die Empfangstheorie und die Vernehmungstheorie sind durch die Ausdrucksformen der Mündlichkeit und Schriftlichkeit bedingt

Wir kommen nach unseren obigen Ausführungen zu der richtigen Auffassung der aber noch nicht herrschenden Lehre [13]), daß, zwecks Anwendung der Empfangs- oder Vernehmungstheorie, schon zwischen den Begriffen Mündlichkeit und Schriftlichkeit unterschieden werden muß. — Wenn das Gesetz in § 130 B. G. B. nicht Wahrnehmung sondern nur Wahrnehmungsmöglichkeit verlangt [14]), so ist diese Regelung ein Zugeständnis an die Sicherheit des Verkehrs [15]). Der Erklärende selbst vermag sich nur schwer oder garnicht darüber zu unterrichten, ob Kenntnis genommen worden ist. — Gibt er aber in Gegenwart des Empfängers die Erklärung ab, so scheidet dieser Zeitpunkt aus. Wir können daher den Grundgedanken des Gesetzes uneingeschränkt anwenden. — Diese Erwägungen überzeugen uns, daß wir zwischen schriftlichen und mündlichen oder besser, verkörperten und unverkörperten [17]) Willenserklärungen scheiden müssen; denn nur bei verkörperten Willenserklärungen gibt es eine Wahrnehmungsmöglichkeit ohne gleichzeitige Wahrnehmung. Wäre es denn nicht widersinnig, für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens Kenntnis und nicht Kenntnisnahmemöglichkeit zu verlangen [16]), wenn unter Anwesenden die Erklärung in Form eines Schriftstückes übergeben wird? —

---

[12]) Siehe auch Titze: Ih. Jahrb. 47 S. 379 ff.

[13]) Biermann: a. a. O. § 46, 4, Breit: a. a. O. S. 658, Crome: a. a. O. § 88 Anm. 11, Oertmann: B. G. B. Anm. 4 a zu § 130, Windscheid: a. a. O. § 72, 2 a.

[14]) Ueber den Begriff des Zugangs vergl. erst S. 19 dieser Abhandlung.

[15]) Eltzbacher: Hf. 1 S. 238.

[16]) Aehnlich auch Cohn: S. 49.

[17]) Oertmann: Anm. 4 a, d, zu § 130, dagegen Cohn: S. 50, Müller-Erzbach: Arch. f. zivil. Praxis 106, 181 ff., Oppermann: Sächs. Arch. Bd. 13, S. 310 ff.

Geben wir eine mündliche Willenserklärung ab, ohne daß die Wahrnehmung gleichzeitig mit der Abgabe erfolgt, so liegt überhaupt keine Willenserklärung vor. Es kommt nicht darauf an, ob der Adressat bewußtlos oder taub ist, ob er wegläuft oder sich die Ohren zuhält. Der Erklärende hat einen Monolog gesprochen. Da schon die Abgabe unterblieben ist, rechtlich also eine Willenserklärung garnicht vorhanden ist, so kann die Willenserklärung auch nicht wirksam werden. — Diese Auffassung ist auch nicht unbillig zu nennen; denn der Erklärende sieht, oder muß sehen, daß sein Tun erfolglos geblieben ist und es steht ihm jederzeit frei, sofort das Mittel der verkörperten Erklärung zu wählen.

Aus diesen Erörterungen ergeben sich zwei Grundsätze [18]):

1. Bei mündlichen Willenserklärungen ist zum Wirksamwerden immer Wahrnehmung erforderlich.

2. Bei verkörperten Willenserklärungen schlechthin und bei § 130 gilt die Empfangstheorie.

3. Der Zugangsbegriff

Wenn wir uns die Lage vergegenwärtigen, in der sich die Schöpfer des B. G. B. befanden und was sie durch Einführung des Begriffes „Zugehen" erreichen wollten, so wird es uns leichter sein, ihn zu definieren, und es bietet sich uns Gelegenheit, an den verschiedenen gemeinrechtlichen Theorien Kritik zu üben.

Es ist ihr Bestreben gewesen, Rechte und Pflichten zwischen Absender und Empfänger gerecht zu verteilen. Wenn die Anhänger der Erklärungs- und der Uebermittlungstheorie das Wirksamwerden der Willenserklärung mit der Abgabe forderten, so entzogen sie einerseits dem Absender das Widerrufsrecht und ließen andererseits den Adressaten nicht nur die Gefahr der Uebermittlung tragen, sondern banden ihn auch schon an die Erklärung, bevor es ihm möglich war, sie zu kennen. —

---

[18]) Leonhard: Lehrb. S. 31 W. S. 32, Breit: Seuff. Bl. S. 658, Crome: § 88 Anm. 11, Enneccerus: § 149 B. 1, § 192, 4, 3, Eltzbacher: Hf. S. 238, Jung: Arch. f. zivil. Praxis 117 S. 74 ff., Kipp bei Windscheid § 72 Nr. 2, Oertmann: Recht 06, S. 21 ff., Zitelmann: S. 96, Zander: Gruchot 52, 306, Planck: Nr. 2 b § 130, Rehbein S. 122, 74 ff.

Wurden diese Theorien den Interessen beider Parteien nicht gerecht, so ist bei der Vernehmungstheorie nur eine Unbilligkeit auf Seiten des Absenders festzustellen. Der Empfänger konnte willkürlich den Zeitpunkt des Wirksamwerdens hinausschieben, und trotzdem er schon die Verfügungsgewalt hatte, mußte der Absender noch für einen etwaigen Verlust einstehen. Aus dieser kurzen Gegenüberstellung ersehen wir, wo der „Punkt" im Interesse beider Parteien liegen muß; denn die Vernehmungstheorie hat ihn zu spät, die Aeußerungs- und Uebermittlungstheorie zu früh gelegt. — Wir können es so sagen: Er liegt dort, wo die Erklärung aus dem Bereiche des Absenders in den des Empfängers gelangt; denn in diesem Augenblicke kann man einerseits dem Absender die Gefahrtragung nicht mehr zumuten und andererseits ist dem Empfänger Gelegenheit gegeben, von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Mit anderen Worten hat man diese Ueberlegung in folgendem Satz ausgedrückt: Zugang ist Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Wohl haben wir mit dieser Definition einen Grundgedanken gefunden, jedoch ist sie noch nicht klar, umfassend und vollkommen genug.

a) Titze's Besitztheorie

Thiele [19]) hat als erster versucht, mit Hilfe des Besitzes dieses Problem zu lösen. Besonders aber Titze [20]) und andere [21]) haben darauf hingewiesen, daß für den Zugang der Besitzerwerb verkörperter Erklärungen maßgebend sei. Es muß uns schon, von der Einschränkung auf verkörperte Erklärungen ganz abgesehen, bedenklich erscheinen, wenn man einen derartig umstrittenen juristischen Begriff zur Klärung des Begriffes „Zugehen" benutzen will. Aber auch wenn wir hierüber noch hinwegsehen, so müssen wir doch feststellen, daß er zur Lösung der Frage nicht herangezogen werden kann. Titze erweitert selbst den obigen Satz, indem er sagt, daß der Besitz und zwar

---

[19]) Arch. f. zivil. Praxis 89 S. 36.

[20]) Zeitpunkt.

[21]) Titze folgend: Kunstmann: S. 49, Schüler: S. 11, Breit: Sächs. Arch 15, S. 653, siehe auch Oertmann: S. 454, mit Einschränkungen „auf keinen Fall längerer Besitz".

der unmittelbare Besitz nur das Mindesterfordernis sei und allein nicht genüge, vielmehr müsse die Möglichkeit der Kenntnisnahme hinzutreten. — Diese Auffassung ist nicht zutreffend[22]); denn es gibt Fälle, wo

1. die Kenntnisnahme, die mehr als Zugang ist, ohne Besitz eintritt[23]), (dem Adressaten werden Zirkulare, Listen, Urkunden zur Unterschrift nur vorgelegt, damit er bescheinige, daß er von dem Inhalt Kenntnis genommen habe),

2. die Ankunft der Erklärung dem Besitzerwerb des Adressaten vorausgeht, (zwischen den Besitz des vom Absender bestellten Boten und den des Empfängers schieben sich andere Personen ein, zum Beispiel, Vertreter, die nicht Besitzdiener sind, weil es an einem Abhängigkeitsverhältnis fehlt),

3. der Besitzerwerb nicht genügt. (Ich versende einen Brief, der auf dem Boden einer großen Kiste mit Waren liegt[24]).

Da hiernach der Besitz für die Bestimmung des Zugangsbegriffes nicht in Frage kommen kann, müssen wir einen anderen Weg suchen.

b) Die Ansicht der herrschenden Meinung und die Kritik Brodmanns an der h. M.

Wir gehen von dem früher gefundenen Grundgedanken aus[25]), daß Zugang Kenntnisnahmemöglichkeit sei. — Hieraus ersehen wir, daß Zugehen und Kenntnisnahme voneinander zu scheiden sind. Treten Hemmnisse auf, so können diese beim Zugehen und bei der Kenntnisnahme vorhanden sein. Nehmen wir an, daß bei der Ankunft einer verkörperten Erklärung, der Adressat infolge irgendwelcher Umstände, sei es, daß er vorübergehend nicht zu Hause, ohnmächtig oder betrunken ist, nicht sofort Kenntnis nehmen kann, so wird hierdurch wohl die Kenntnis

---

[22]) Leonhard: Wahlschuld S. 37, Rathenau: a. a. O. S. 147 ff., Staudinger: § 130, 3, O. L. G. E. 10 S. 65 v. a. Königsberg, Cohn: S. 53, Hölder: Festschr. S. 95, Enneccerus: § 149 a, 2, 2 b, Manigk: W. E. S. 309, v. Tuhr: S. 433, Hedemann: Arch. f. Bgl. R. 25, 361, 31, 344, Bekker: Jahrb. Dogm. 49, 43 ff.

[23]) Manigk: W. E. und W. G. S. 309 ff., ähnlich Hedemann: Arch. f. bgl. R. 25, S. 361.

[24]) Leonhard: Wahlschuld S. 37.

[25]) S. 18 dieser Abhandlung.

hinausgeschoben, nicht aber der Zugang. Es dürfte ohne weiteres im Sine der Empfangstheorie und einer gerechten, billigen Auffassung liegen, daß diese Umstände nicht der Absender, sondern der Empfänger zu vertreten hat. Weiterhin müssen wir all die Hemmnisse ausscheiden, die vor der Ankunft der Erklärung, ohne Zutun des Adressaten, von außen eintreten können. — Sei es, daß der Postwagen des Zuges verbrennt, sei es, daß der Zug entgleist oder daß dem Boten die Schriftstücke vor der Ankunft gestohlen werden oder er selbst verunglückt. In all diesen Fällen kann von einer Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger nicht gesprochen werden.

Diese Auffassung in Verbindung mit unserem obigen Grundsatz läßt sich dann wie folgt formulieren:

Eine Willenserklärung ist dann zugegangen, wenn der Adressat unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, sich von ihrem Inhalte Kenntnis zu verschaffen und die Kenntnisnahme verkehrsüblich von ihm erwartet werden kann.

Diese Ansicht teilt auch die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung[26]). — Zwar ist Cohn[27]) zuzugeben, daß Vieldeutigkeiten eintreten können, wenn man die Worte „Möglichkeit der Kenntnisnahme" und „unter normalen Umständen" untersucht. Aber dieses trifft nur insoweit zu, als man sie für sich allein betrachtet und ohne Beachtung des Zusammenhangs auslegt. — Wenn ferner — besonders von Brodmann — darauf hingewiesen wird [28]), daß das Moment der „normalen Umstände" darum abzulehnen sei, weil hierdurch eine unbestimmte, juristisch noch nicht bearbeitete Idee in die Definition hineingetragen werde, so erscheint uns dieses Argument nicht durchschlagend. — Wie ein Beispiel bei Brodmann zeigt, ist es nur ein Streit um Worte. Wenn er es auf den Zeitpunkt abstellen will, wo die Beförderung ihren Abschluß erreicht, in Fällen aber, wo

---

[26]) Enneccerus: 25.—29. Aufl. I, 1, S. 394, Leonhard: Wahlschuld S. 36, Cosack: 5. Aufl. I S. 305, David: Gruchot 46, 235, Crome: I S. 393, Cohn: S. 102, Goldmann-Lilienthal: I. S. 170, Manigk: S. 311, Planck: 3. Aufl. I. S. 206, Mathiass: 5. Aufl. S. 96, R. G. 50, 194; 56, 264; 58, 407; 60, 336.

[27]) S. 101.

[28]) Brodmann: bei Ehrenberg IV. 2 S. 19 Anm. 3.

sie zur Nachtzeit erfolgt, annimmt, daß erst am anderen Morgen zugegangen sei, so ist diese Annahme weiter nichts als eine Anwendung des von ihm verworfenen Begriffes „normale Umstände".

Zweiter Teil

Die Mittelspersonen, Stellvertreter und Bote, bei der Übermittlung des Zuganges von Willenserklärungen

1. Die gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches

Bislang haben wir angenommen, daß Erklärender und Empfänger in eigener Person die Uebermittlung empfangsbedürftiger Willenserklärungen vornehmen. Es ist dabei unbeachtet geblieben, daß zum Austausch von Willenserklärungen beide Parteien sehr häufig Mittelspersonen verwenden.

Diese Mittelspersonen können sowohl von dem Absender zur Uebermittlung als auch von dem Adressaten zum Empfang herangezogen werden. Das Gesetz selbst hat durch positive Regelung auf Seiten des Erklärungsgebers wie des Erklärungsempfängers den Vertreter zugelassen. Daneben hat der rechtsgeschäftliche Verkehr noch eine andere „mindere" Klasse von Personen geschaffen, die wir beim Abschluß von Rechtsgeschäften benutzen, um nicht selbst tätig werden zu müssen. In diese Gruppe gehört der Bote, oder wie ihn § 120 B. G. B. umschreibt, die „zur Uebermittlung verwandte Person".

Wenn auch unsere Abhandlung sich vornehmlich mit der Empfangnahme von Willenserklärungen durch Mittelspersonen beschäftigen soll, so ist es doch nötig, die fast abgeschlossene Lehre über den Aktivboten und Aktivvertreter näher zu untersuchen, um dort gewonnene Erkenntnisse verwerten zu können und festzustellen, inwieweit sich beide Mittelspersonen unterscheiden.

Es ist nicht leicht, Vertreter und Bote begrifflich zu trennen. Die verwandte Art ihrer Tätigkeit hat zu der Auffassung geführt, die einen Unterschied zwischen beiden leugnet. Für uns ergibt sich die Frage, ob dieser Lehre zu folgen ist, oder der, die beide als selbständige Rechtsbegriffe ansieht. Das Gesetz hat ausführlich und ausdrücklich die Vertretung als Rechtsinstitut behandelt. Der Ausdruck Bote wird nur in dem § 196 Abs. 3 gebraucht, an einer Stelle, die für unsere Untersuchung unbeachtlich ist. Fassen wir aber die „zur Uebermittlung verwandte Person" des § 120 als Boten auf, so gelangen wir wohl zu einer äußerlichen Trennung, aber noch nicht zu einer begrifflichen Unterscheidung. — Auch hier vermögen uns die Lehren „über die Natur des Boten", manchen Fingerzeig zu geben. Wir stellen im folgenden nur die beiden Hauptansichten einander gegenüber; diejenige, die zwischen Stellvertreter und Boten scheidet und diejenige, welche die Trennung leugnet, ohne die vielen Nebenmeinungen, die sich um diese Hauptansichten gebildet haben, im einzelnen zu besprechen.

2. Die wissenschaftlichen Lehren über die rechtliche Natur des Boten

a) Die Theorie der „generischen Gleichstellung" von Bote und Stellvertreter

Savigny [29]), der Hauptvertreter der generischen Gleichstellung der beiden Begriffe, umgrenzt zunächst den Wirkungsbereich des Boten. Er sieht in ihm einen Gehilfen, ein willenloses Werkzeug, welches der Träger fremden Willens ist, und am Abschluß des Geschäftes dem Willen nach nicht beteiligt ist. Läßt er ihn so zunächst „willen- und bewußtlos" sein, so räumt er ihm weiter Kenntnis von dem Rechtsgeschäft ein und läßt ihn, immer schrittweise weitergehend, zu einem, seinen Willen selbstbestimmenden Vertreter werden [30]). Wenn Savigny auch

---

[29]) Obligationen-Recht § 57 S. 56.

[30]) Siehe das Beispiel S. 58 ff., wo ein Freund beauftragt wird, irgend ein für den Auftraggeber geeignetes Pferd zu einem beliebigen Preise zu kaufen.

selbst für diese letzte Tätigkeit den Namen selbsttätiger „Vertreter" verwendet, so leugnet er doch, daß durch die Einführung dieses Begriffes sich ein Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten ergäbe. Für ihn bleibt die Mittelsperson, einerlei wie groß das Maß der Selbsttätigkeit bei dem einzelnen Rechtsgeschäfte ist, immer die Trägerin fremden Willens, nämlich des Auftraggebers [31]). Er gelangt durch Vergleichung einer Reihe von Fällen zu der Ansicht, daß Vertreter und Bote „eine ganz gleiche Natur" haben. — Dadurch spricht er dem Vertreter als Rechtsbegriff jegliche Bedeutung ab. Er ist zu sehr in den Anschauungen des Römischen Rechts befangen und sieht, wie sich aus seiner Stellungnahme zu dem Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung ergibt [32]), in jeder Mittelsperson den nuntius.

Gegen diese Lehre, der auch Ruhstrat [33]) insoweit folgt, als er alle Beauftragten, die beim Abschluß von Verträgen sich nicht persönlich durch diese binden, als Boten ansieht, hat sich fast die gesamte wissenschaftliche Lehre gewandt [34]). Es ist mit Recht gegen sie angeführt worden, daß unser modernes Recht eine andere Auffassung von der Stellvertretungslehre hat, als das Römische Recht. Da Savigny seine Lehre auf dem Begriff des nuntius, als dem Gehilfen des Römischen Rechts, aufbaut, so vermag er seinem Stellvertreter auch keine andere Stellung einzuräumen. Er sieht nicht etwa, wie Fromm [35]) meint, in jeder Mittelsperson generisch einen Vertreter, sondern nur einen Boten, bezeichnet ihn aber als Vertreter [36]). Wen wir Savigny's Meinung folgen würden, so kämen wir zu dem Ergebnis, daß ein Vertreter niemals seinen Willen, sondern immer nur den seines

---

[31]) Obligationen-Recht S. 59.
[32]) S. 62.
[33]) S. 42.
[34]) Bähr: § 5, Buchka: S. 205, Brinz-Lotmar: IV. Bd. § 578, Curtius: S. 70 ff., Crome: S. 451, Dernburg: B. G. B. S. 470, Hölder: S. 296, Windscheid: Pand. I. § 73, ferner Ihering Jahrb. S. 273 ff., Laband: S. 189, Thoel: § 72, Unger: II. § 90, Wächter: Pand. S. 414, Schliemann: S. 14 ff., Rehbein: S. 250 ff., Eck: S. 55, Zimmermann: S. 19, Kohler: S. 431, Leonhard: B. G. B. S. 298, Goldmann-Lilienthal: S. 198.
[35]) a. a. O. S. 22.
[36]) So auch Cannstein: a. a. O. S. 270.

Vollmachtgebers erklärt [37]). Er hat dabei übersehen, daß Handelnder der ist, der nach seinem eigenen Willen entscheidet, ob und wie er den Willen des Auftraggebers zur Ausführung bringen will. Träger fremden Willens, — Bote —, ist dagegen derjenige, der sich bei der Willensäußerung einer eigenen Willenstätigkeit enthält.

Wie wir diese Lehre nicht anerkennen konnten, so müssen wir auch die von Mitteis aufgestellte Theorie ablehnen. Trotzdem er die Lehre von der generischen Gleichstellung verwirft, so ist jedoch seine Theorie, im Grunde genommen, eine ausdrückliche Bejahung jener Ansicht [38]). Sie unterscheidet sich nur dadurch von der Theorie Savigny's, daß Mitteis nicht wie jener von der Stellung des Boten in unserem Sinne sondern von der des Vertreters ausgeht. Er beginnt mit der Betrachtung des Vertreters „mit fast selbständigem Willensentschluß". Durch schrittweise Verringerung des Anteils des Vertreters an der Willensbildung gelangt er zu dem Vertreter, der nur noch den Erklärungswillen hat. Diesen sieht er als letzten Vertreter an, nennt ihn aber Boten. Wenn auch diese Meinung unserer modernen Auffassung von der Stellung des Vertreters gerechter wird, so zeigt sich jedoch bei einer näheren Prüfung der Fehler dieser Lehre. Mitteis hat nämlich übersehen, daß der „Wille" des Vertreters und der „Wille" des Boten nicht gleich sind. — Die Betätigung des Willens des Boten ist keine rechtsgeschäftliche wie beim Vertreter. Seine Aufgabe ist es nur, das juristisch abgeschlossene Werk durch die Betätigung seines Sprachorgans nach außen dem Geschäftsgegner kund zu tun [39]). Da aber der Mensch nicht mechanisch arbeitet, bedarf er einer Willensanregung durch den Auftraggeber. Wenn dieser Wille auch notwendig ist, so ist er doch im Vergleich zu dem zu er-

---

[37]) S. Hellmann: (Stellvertretung im Rechtsgeschäft) S. 19, der als Anhänger Savigny's auch die Tätigkeit des Vertreters als eine Dienstleistung für seinen contrahierenden Herrn ansieht. Die Mittelsperson gäbe entweder die genaue Erklärung des Auftraggebers ab, oder sie spezialisiere den Willen des Herrn.

[38]) Fleck's Ansicht a. a. O. S. 341, der ihn zu den Schriftstellern zählt, die eine generische Trennung behaupten, ist wie die folgende Darstellung oben zeigt, abzulehnen.

[39]) Fromm: a. a. O. S. 26 a. Ansicht, Zimmermann: S. 18.

klärenden rechtsgeschäftlichen Willen bedeutungslos [40]). Es handelt sich bei dem Boten um eine ganz anders geartete Tätigkeit als bei dem Vertreter, und darum ist es völlig verfehlt, ihn als „letzten Vertreter" aufzufassen.

Trotz der fast einmütigen und überzeugenden Ablehnung der Theorie der generischen Gleichstellung von Bote und Stellvertreter haben sich in neuerer Zeit Schloßmann [41]) und Rosenberg [42]) zu ihr bekannt. Der Erstere nimmt, ohne es zu beweisen, an, daß die Begriffe Bote und Stellvertreter Bezeichnungen wären, die lediglich der Verkehrssprache angehörten. Er behauptet, daß es sich nicht um Rechtsbegriffe handelt. Auf Grund dieser Ansicht kommt er dann zu der Schlußfolgerung, daß es keinen Zweck habe, sich um juristische Unterschiede zu bemühen, die gar nicht vorhanden wären. Für ihn ist es bezüglich der Wirkungen völlig gleichgültig, ob ein Rechtsgeschäft durch einen Boten oder durch einen Vertreter abgeschlossen wird. Schon an der Voraussetzung seiner Lehre zeigt sich, daß seine Ansicht falsch ist; denn Manigk [43]) hat überzeugend nachgewiesen, daß es sich bei beiden Begriffen um Rechtsbegriffe handelt. Auch der letzte Satz seiner Theorie ist nur solange richtig, wie sich zwischen den Parteien keine Unstimmigkeiten ergeben. Irrt sich der Vertreter, oder übermittelt der Bote unrichtig, so zeigt das Gesetz einerseits in § 166, andererseits in § 120, daß es sich um ganz verschiedene Fälle handelt. Nach § 166 kommt grundsätzlich die Person des Vertreters in Betracht, während es nach § 120 nicht auf die Person des Boten ankommt, die Wirkungen vielmehr ohne weiteres für und gegen den Geschäftsherrn eintreten.

Es erübrigt sich daher, weiter auf diese Lehre einzugehen.

Aehnlich wie Mitteis geht auch Rosenberg [44]) davon aus, daß die Mittelsperson immer als Vertreter tätig werde. Nach ihm gehört zum Tatbestande eines jeden Rechtsgeschäfts auch die Erklärung des Willens. Daraus folgert er, daß der Bote, der

---

[40]) s. dazu auch Schliemann: a. a. O. S. 12.
[41]) Stellvertretung S. 312.
[42]) Stellvertretung im Prozeß S. 175.
[43]) Anwendungsgebiet S. 351.
[44]) a. a. O. S. 211.

ja diesen Teil des Tatbestandes durch seine Uebermittlung zu verwirklichen hat, auch Vertreter sei. — Durch diese Lösung hofft er, die große Unsicherheit im heutigen Recht und die vielen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Bote zu beseitigen. Es ist sicherlich schwer, beide Begriffe zu trennen [45]). Aber diese Tatsache kann für die Wissenschaft niemals Grund sein, jeglichen Unterschied zwischen Stellvertreter und Bote zu verneinen. Es ist gerade unsere Aufgabe, diese Schwierigkeiten zu überwinden und der Praxis, mit ihren vielen auseinander gehenden Ansichten [46]) in Bezug auf die Merkmale konkreter Fälle zu helfen. Abgesehen von diesem Satz hält auch im übrigen die Ansicht Rosenbergs einer näheren Nachprüfung nicht stand.

Wenn auch die Erklärung des Willens ein notwendiger Teil des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts ist, so handelt es sich jedoch bei dieser zum Erkenntniswerden des Willens notwendigen Erklärung, die ein Bote als Mittelsperson abgibt, um einen besonderen Tatbestand [47]). Man muß hierbei streng zwischen der Willenserklärung scheiden, die der Geschäftsherr dem Boten und der Erklärung, die der Bote dem Dritten gegenüber abgibt. Würden wir Rosenberg folgen, so würde die Willenserklärung des Geschäftsherrn erst durch den Erklärungswillen des Boten vollendet werden. Dieses ist aber nicht der Fall; denn die Willenserklärung des Geschäftsherrn ist ein einheitliches, fertiges Ganze. Gegenüber dem Geschäftswillen des Auftraggebers steht der „natürliche" Wille des Boten [48]).

Aus den angeführten Gründen ersehen wir, daß die Theorie der generischen Gleichstellung nicht mit Erfolg begründet ist. Auch vermögen wir uns keine Ansicht vorzustellen, der dieses gelingen könnte.

Durch diese Feststellung ergibt sich für uns die Notwendigkeit, eine Prüfung der Theorien vorzunehmen, die zwischen Stellvertreter und Boten scheiden.

---

[45]) Jüngling: Diss. Greifswald 1906 geht soweit, die Trennung sogar für unmöglich zu halten.

[46]) Laband: a. a. O. S. 189 Anm. 14.

[47]) Siehe auch Locquenhien: S. 14.

[48]) Abwegig Schliemann: S. 11; überzeugd. widerlegt d. Monnich: S. 1 ff

b) Die Theorie der „generischen Trennung"

Bis in das Römische Recht hinein läßt sich die Unterscheidung zwischen den mit eigenen Willen handelnden Personen und solchen, deren sich diese lediglich zur Uebermittlung ihres Willens an Dritte als Werkzeug bedienten, verfolgen. Damit soll keineswegs behauptet werden, daß das Römische Recht auf dem Gebiete des Obligationen-Rechts eine Stellvertretung im heutigen Sinne gekannt hat. Eine Stellvertretung war nach ihrer Auffassung im allgemeinen nur beim Besitz, bei dinglichen Geschäften und wohl auch bei der Erbschaftsantretung möglich [49]). — Zwar ließ man, um den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, später einen Dritten zu, der die Geschäfte im eigenen Namen abschloß und die in eigener Person eingetretenen Wirkungen durch einen besonderen Akt auf seinen Auftraggeber übertrug. Aber diese Art mittelbarer Stellvertretung war zu umständlich, um im Rechtsverkehr große Bedeutung zu gewinnen.

Eine andere Art der Vertretung haben die Römer durch die Einführung des Begriffes „nuntius" geschaffen. Wenn auch die Quellen uns nur wenig Aufschluß über den Rechtsbegriff des nuntius geben, so ist doch damit noch lange nicht festgestellt, daß die Römer den Rechtsbegriff des Boten nicht gekannt haben [50]). Daß uns so wenig Stellen überliefert sind, erklärt sich daraus, daß der Bote bei dem Zustandekommen von Rechtsgeschäften eine untergeordnete Rolle gespielt hat [51]). Demzufolge hat man sich auch nicht tiefer mit dem Begriff des nuntius beschäftigt. Dafür, daß es sich aber um einen Rechtsbegriff gehandelt hat, sprechen die Stellen, die ihn mit „epistola et litterae" gleichsetzen. — Dieser nuntius wurde von den Parteien zur Ueberbringung ihres fertig formulierten Willens benutzt. Er sprach in der dritten Person mündlich die Worte seines Herrn oder übergab verkörperte Erklärungen seiner Partei. Seine

---

[49]) Enneccerus § 166, III.
[50]) Schloßmann: a. a. O. S. 321.
[51]) Mitteis: a. a. O. S. 129.

Tätigkeit bei der Uebermittlung mündlicher Willenserklärungen wurde der Verwendbarkeit anderer Mittel gleichgestellt [52]). Er diente der Partei lediglich als Werkzeug zur Ueberwindung der Entfernung [53]). Trotzdem der nuntius im Römischen Recht eine nebensächliche Rolle gespielt hat, so finden wir doch bei den Glossatoren und Kommentatoren [54]) häufig Stellen, die von dem Boten handeln. Dieses zeigt uns, daß man, trotz des immer mehr gewohnheitsrechtlich vordringenden Rechtsinstitutes der Stellvertretung, doch den Begriff des nuntius nicht fallen gelassen hat. Schon aus der geschichtlichen Entwicklung heraus ist es verständlich, daß fast alle Vertreter der Wissenschaft sich zu der Meinung bekennen, die zwischen Boten und Stellvertreter scheidet [55]). — Bleibt der Mittelsperson bei der Ausführung ihrer Tätigkeit Raum, ihren eigenen Willen zu betätigen, so ist sie Stellvertreter. Sie vertritt ihren Auftraggeber im Willen; sie repräsentiert ihn in der Weise, daß sie seinen Geschäftswillen und damit ihn, teilweise oder vollständig, ersetzt. Man hat diese Lehre daher auch „Repräsentationstheorie" genannt. Neben vielen anderen Definitionen [56]) scheint die von Thoel [57]) sehr treffend den Vertreter zu charakterisieren:

Wenn der Wille der Mittelsperson erforderlich ist, so ist sie nicht Bote; sie trägt nicht meinen Willen, sie erzeugt meinen Willen.

Der herrschenden Theorie hat sich auch unser heutiges Recht angeschlossen. Schon rein äußerlich sind beide Rechtsinstitute im B. G. B. getrennt worden. Während die Stellvertretung die §§ 164—181 umfaßt, mußte sich der Bote, die zur Uebermittlung verwendete Person, mit dem § 120 begnügen.

---

[52]) Vergl. I, 37, D., 36, I.; auch den Sprachgebrauch: „vel per epistola vel per nuntium".

[53]) Sohm: Röm. Recht S. 187, vergl. I, 15 D., 13, 5 „instrumentum voluntaris".

[54]) Azo und Accursius, Buchka: a. a. O. 123, Curtius: S. 71.

[55]) Planck: a. a. O. I S. 283, Staudinger a. a. O. II S. 434 und viele andere.

[56]) Endemann: a. a. O. S. 898 bezeichnet den Stellvertreter als selbständig handelndes und entscheidendes Rechtssubjekt, siehe auch Buchka: S. 205, Falkmann: a. a. O. S. 23, Brinz: S. 1597.

[57]) S. 232 a. a. O.

Wenn auch Falkmann [58]) darauf aufmerksam macht, daß der § 120 deswegen in den II. Titel des III. Abschnites des 1. Buches gestellt wäre, weil er als Ergänzung zu § 119 zu denken sei, so ist damit doch noch nicht erwiesen, daß die Gesetzgeber den selbständigen Begriff des Boten ablehnen wollten. Gerade das Gegenteil ergibt sich aus den Motiven [59]) und Protokollen [60]). Wie uns schon die verschiedene Stellung im Gesetz ein Merkmal für die Bejahung der Lehre von der generischen Trennung bedeutet, so zwingt uns der Sinn der betreffenden Vorschriften noch mehr zu einer Anerkennung dieser Lehre. Während der § 120 nur von der Uebermittlung einer Willenserklärung spricht, handelt der § 164 von dem Vertreter, der Willenserklärungen abgibt, die von ihm selbst ausgehen. Während die zur Uebermittlung verwendete Person den vom Auftraggeber produzierten Willen rein mechanisch weitergibt [61]), werden dem Vertreter nur die Grenzen bezeichnet, innerhalb deren er seinen Geschäftswillen frei erzeugen kann. Weiterhin zeigt sich, daß beim Ueberschreiten der Vollmachtsgrenzen durch den Vertreter eine ganz andere Folge für den Vertretenden eintritt als bei einer Abweichung von der Erklärung des Geschäftsherrn durch den Boten. Während letztere, wenn der Geschäftsherr sie geschehen läßt, vollgültig ihm gegenüber ist, wird der Vertretene aus der betreffenden Erklärung seines Vertreters in keiner Hinsicht berechtigt noch verpflichtet. Ebenfalls läßt die verschiedene Regelung der Schutzmaßnahmen für den Geschäftsherrn bei vorschriftswidrigem Verhalten der Mittelsperson darauf schließen, daß es sich um zwei völlig verschiedene Begriffe handelt. Hat einerseits der Vertreter die Vorteile und die Nachteile zu tragen, so steht es andererseits in dem Belieben des Geschäftsherrn, ob er den falsch ausgeführten Auftrag anfechten will oder nicht. Nach § 122 hat er dann dem Dritten, abgesehen von § 122 Abs. 2, das negative Interesse zu ersetzen. Ferner muß der Vertreter nach § 165 mindestens geschäftsbeschränkt

---

[58]) a. a. O. S. 29.
[59]) Motive I S. 203, S. 338.
[60]) Protokolle I S. 141, S. 291.
[61]) Crome: a. a. O. S. 451, Dernburg: a. a. O. S. 451, Enneccerus: I § 166, Staudinger: I S. 464, Planck: I S. 283, u. a.

sein[62]), um Willenserklärungen wirksam abgeben oder annehmen zu können. Diese Vorschrift ist nur eine Folge der Stellung des Vertreters, die ihm vom Gesetz eingeräumt ist; denn nach § 105 ist die Abgabe einer Willenserklärung durch einen geschäftsunfähigen unwirksam. Im Gegensatz hierzu kann ein Bote nach § 120 B. G. B. geschäftsunfähig sein, ohne daß dieses auf die Uebermittlung der Willenserklärung irgend welchen Einfluß hätte. Diese herrschende Anschauung wird von Rosenberg[63]) nicht geteilt. Für ihn handelt es sich darum, den Beweis zu erbringen, daß die herrschende Lehre, die als Stellvertreter, den Vertreter im Willen ansieht, inkonsequent ist. Er behauptet, daß auch ein Geschäftsunfähiger voll wirksam zur Vertretung bestellt werden kann. In § 165 sieht er nur den Ausdruck der Grundauffassung der rechtlichen Natur der Vertretung und bezeichnet es als falsch, wenn man, weil § 165 den Geschäftsunfähigen nicht erwähne, folgere, der Wille des Gesetzgebers habe ihn nicht zur Vertretung zugelassen. Zu diesem Zwecke untersucht er, inwiefern die Vertretung durch die Willensfähigkeit bestimmt wird. Er behauptet, daß Kinder, Geisteskranke nur darum keine Vertreter sein könnten, weil ihnen die Willensfähigkeit fehle, daß ihre vorgenommenen Geschäfte aber darum nichtig wären, weil sie geschäftsunfähig seien. Er führt dann weiter aus, daß auch die Geschäfte der beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nichtig seien. Zwar brauche der Vertreter nicht voll geschäftsfähig zu sein, aber man müsse doch für ihn Willensfähigkeit fordern. Wenn man nun aber einen solchen Geschäftsbeschränkten zu einer Vertretung bevollmächtige, so müsse doch die Bevollmächtigung ungültig sein, da ihn erst die Willensfähigkeit, die er nicht habe, zum Vertreter mache. — Hieraus folgert er dann durch Umkehrschluß, daß § 165 auch den Geschäftsunfähigen mit einschlösse. —

Dieser Beweisführung ist zu entgegnen, daß die Willenserklärung des Geschäftsbeschränkten, die er ohne Zustimmung

---

[62]) Oertmann: I. Z. § 107, Enneccerus: S. 446, I, Leonhard: L. S. 46 a. A. Cosack: a. a. O. S. 189.

[63]) S. 253.

des gesetzlichen Vertreters abgibt, nicht nichtig ist, sondern, daß dem beschränkt Geschäftsfähigen nur die „Einwirkungsmöglichkeit“ [64]) auf seine eigene Vermögenssphäre genommen ist. — Wird dieser aber für einen Dritten ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters tätig, so sind seine Willenserklärungen gültig. Das Interesse des Geschäftsbeschränkten in § 107 ist genügend gewahrt; es würde sonst garnicht möglich sein, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger als Vertreter auftreten könnte, wenn es ihm unmöglich wäre, eine Willenserklärung wirksam abzugeben. — Ein Geschäftsunfähiger dagegen kann wirksam keine eigenen Willenserklärungen abgeben.

3. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Boten

Durch diese Prüfung haben wir die Grundfrage, ob es einen Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter gibt, gelöst. Es ist nun weiterhin unsere Aufgabe, beide Begriffe näher voneinander abzugrenzen. — Vor allem haben drei Theorien, die der „inneren Beziehung“, die des „äußeren Auftretens“ und die von Ihering, versucht, dieses Problem zu lösen.

a) Die Theorie Iherings

Ihering [65]) hat zur Klärung dieser Frage die Tätigkeit bei einem Rechtsgeschäft in ein juristisches und in ein faktisches Element zerlegt. Er sieht nur die spezifisch juristischen Elemente als rechtlich notwendig für das Rechtsgeschäft an, da sie den juristischen Kern der Handlung, den Tatbestand, bilden. Während nun nach seiner Ansicht der Stellvertreter „juristisch“ bei dem Rechtsgeschäft mitwirkt, wird der Bote nur „faktisch“ tätig. Wenn auch dieser Gedanke Iherings nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, so verhilft er uns doch zu keiner Lösung unserer Aufgabe. Nach seiner Ansicht sind die Mittelspersonen immer dann Boten, wenn sie Handlungen vornehmen, die nicht rechtlich, sondern nur faktisch notwendig sind. Danach

[64]) Oertmann: zu § 107.
[65]) Ih. Jahrb. I S. 273 ff.

würde das Erklären der Willenserklärung durch den Boten für die Vollendung des Rechtsgeschäftes nicht rechtlich notwendig sein. Das ist aber nicht der Fall; denn, wenn die Abgabe der Willenserklärung durch den Geschäftsherrn etwas rechtlich Erhebliches ist, so muß auch die Abgabe der von dem Geschäftsherrn gebildeten Willenserklärung durch den Boten mehr als etwas „faktisches" sein, da der gleiche rechtliche Erfolg hervorgerufen wird. — Die Tätigkeit des Botens ist keine juristische [66]); — denn die Willenserklärung als solche wird allein durch die Willenstätigkeit des Geschäftsherrn gebildet, — würde aber die fertige Willenserklärung durch den Boten nicht abgegeben, so vermöchte sie, obgleich sie von dem Geschäftsherrn erzeugt ist, keine Rechtswirkungen nach außen, dem Contrahenten gegenüber hervorzurufen.

b) Die Willenstheorie

Auf andere Weise versucht die Theorie der inneren Beziehung, auch Theorie der Bezugnahme auf den wahren juristischen Charakter der Mittelspersonen oder Willenstheorie [67]) genannt, dieses Problem zu lösen. Sie sieht in dem Innenverhältnis [68]) zwischen Geschäftsherrn und Beauftragten die alleinige Möglichkeit der Abgrenzung zwischen Boten und Stellvertreter und glaubt so, die wahre juristische Natur der Mittelspersonen zu finden. Für den Boten verlangen die Schriftsteller, die dieser Theorie folgen, weiterhin, daß er auch seinen Willen dem Auftrage gemäß betätige [69]), nicht aber, daß er auch dem Willen gemäß nach außen auftreten müsse. Wenn ein Auftrag bis in alle Einzelheiten festgelegt sei, und wenn die Mittelsperson das Gleiche erklären wolle, wie es der Auftrag enthalte, so handele es sich um einen Boten.

---

[66]) Rosenberg a. a. O. S. 194, Aßmann: S. 62, Schliemann: S. 11.

[67]) Planck: I vor § 164, 4 a, Staudinger: Vorbemerkung zu § 164, Ziff. 3, R. G. 81, 1, Fleck: 342, 352, Falkmann: S. 47, Bekker: Ih. Jahrb. 49, 43, Brodmann: Ehrenbergs Handb. Bd. 4 Abt. 1 S. 116 Anm. 6, Adolf Maier: Der Bote, Gött. Diss. S. 24 ff.

[68]) Hellwig: II S. 353, Manigk: Anwendungsgebiet S. 361.

[69]) Bekker: S. 35, Buchka: S. 208, Canstein: S. 285, Eichner: S. 55, Rümelin: S. 151 Anm. 1.

Dieser Lehre kann man nur solange folgen, wie jede Mittelsperson nach ihrem Auftrage handelt. Tritt aber z. B. ein Vertreter als Bote auf, und wollte nun der Dritte aus diesem Verhalten gegen den Geschäftsherrn vorgehen, so könnte dieser immer auf das Innenverhältnis verweisen und so jegliche Bindung an das Rechtsgeschäft vereiteln. Es ist auch nicht ersichtlich, wie die Parteien gegen falsches Auftreten dadurch geschützt werden können, daß der Richter im Streitfall, — wie die Vertreter der Willenstheorie meinen, — auf Grund des Innenverhältnisses leicht [70]) feststellen kann, welchen Charakter die Mittelspersonen haben. — Letzteres muß unbedingt bezweifelt werden; denn nicht alle Aufträge ergeben die Tätigkeit der Mittelspersonen eindeutig. Selbst die eine oder andere Partei kann sich einmal nicht klar über die Art des Auftrages sein. Wollten wir es auf das Innenverhältnis abstellen, so würde in dem Rechtsverkehr eine große Unsicherheit [71]) hervorgerufen werden. — Durch diese Theorie würden lediglich die Interessen des Geschäftsherrn [72]) gewahrt werden. Es wäre für den Dritten geradezu unhaltbar, wenn immer erst das Innenverhältnis, das oft garnicht kenntlich geworden ist, entscheiden soll.

c) Die Theorie des äußeren Auftretens

Diese Willenstheorie ist darum zu verwerfen und es ist weiterhin zu prüfen, ob nicht das äußere Auftreten, wie es die herrschende Meinung [73]) verlangt, für die Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter entscheidend ist.

Diese Lehre hat man wohl auch kurz, aber etwas ungenau, Erklärungstheorie [74]) genannt. Die Grundlage dieser Theorie bilden die Erklärungen, die zwischen Dritten und den Mittels-

---

[70]) Z. B. Eichner: S. 59.
[71]) Fleck: S. 351 „Geradezu eine Prämie auf den dolus".
[72]) Fromm: S. 72.
[73]) Oertmann: Vorbemerkung zu § 164, Fleck: S. 360, Staub: § 58 H. G. B. Anm. 13, Cosack: I § 101, II, 1 c, Hupka: Haftung S. 109, Rümelin: S. 151, Dür.-Hachenburg: II Einleitung, Anm. 64, Reichsger. Räte-Kommentar § 164 Ziff. 1, Manigk: Anwendungsgeb. S. 354, Aßmann: S. 47, Kiehl: Recht Jahrg. 23 S. 71 ff., Matthiessen: J. W. 24 S. 659, Schliemann: S. 17, Fromm: S. 73, Hepner: S. 34 ff., Landsberg Lehrb. § 62, 1 R. G. Z. 105, 84.
[74]) Fleck: S. 349 Anm. 57.

personen ausgetauscht werden. Ueber diese hinaus muß das gesamte Verhalten [75]) der Mittelspersonen beachtet werden. Bestehen Zweifel, ob es sich um einen Boten oder Vertreter handelt, so können die geistige Reife [76]), die Bedeutung des Geschäfts oder die soziale Stellung [77]) der Mittelsperson Anhaltspunkte für ihren Charakter sein. Wenn diese im Einzelfall auch nicht ausschlaggebend zu sein brauchen, so geben sie doch, in ihrer Gesamtheit gesehen, fast immer ein klares Bild von der Mittelsperson. Es geht nicht an, daß man es allein auf die Worte [78]), die die Mittelsperson gebraucht, abstellt. Wenn man dieser Ansicht folgen wollte, so würde man unseren modernen Rechtsverkehr unnötig erschweren; denn dann würde die jeweilige Tätigkeit einer Mittelsperson durch eine ganz bestimmte Formel charakterisiert werden müssen. Unwillkürlich denkt man an die Kenntlichmachung der Rechtsakte in der ersten Zeit der Römischen Rechtsentwicklung und hat das richtige Empfinden, daß diese Lösung einen Rückschritt bedeutet. Unsere zuerst geäußerte Ansicht wird auch nicht durch das Argument erschüttert, daß nach ihr das subjektive Empfinden des Dritten allein für die Beurteilung der Mittelsperson maßgebend sei. Aus diesem Grunde will man die herrschende Lehre verwerfen und als einzig mögliche Lösung ansehen, daß der Dritte sich in allen Fällen an den Absender der Mittelsperson wenden müsse, um Aufschluß über den wahren Charakter der Mittelsperson zu erhalten [79]). Es ist hierbei verkannt worden, daß es nicht allein auf die jeweilige Auffassung des Erklärungempfängers ankommt, sondern darauf, wie dieser das gesamte Verhalten der Mittelsperson verständig zu würdigen hat. Es handelt sich um das gleiche objektive Moment [80]), wie es der § 119 enthält — „und

---

[75]) Hupka: S. 110, Oertmann: S. 506, Regelsberger: Pand. II, S. 587, Fromm: S. 73.

[76]) Laband: S. 192, Zimmermann: S. 22.

[77]) Schloßmann: Lehre von der Stellvertretung Bd. 2 S. 327, Titze: Mißverständnis S. 294, von Tuhr: II, S. 340 Anm. 44, Sperber: S. 43, Josef: Zeitschrift f. Rechtspfl. i. Bay. 1905, S. 404.

[78]) Hellmann: S. 8.

[79]) Eichner: S. 58/59.

[80]) Aßmann: S. 56.

bei verständiger Würdigung des Falles". — Aus der Verkennung dieses objektiven Momentes nun aber weiter auf eine Erkundigungspflicht des Erklärungsempfängers schließen zu wollen, ist ganz und gar verfehlt. Zwar hat er es in der Hand, wenn ihm das Auftreten oder eine vorgelegte Vollmachtsurkunde, wie sie z. B. § 174 vorsieht, aus irgendwelchen Gründen verdächtig vorkommen, bei dem Absender nachzufragen. Wenn er es jedoch unterläßt, so kann man es ihm nicht ohne weiteres als Schuld zurechnen [81]). Der Dritte hat sich dann meistens entweder entschieden, daß die Mittelsperson Bote oder daß sie Stellvertreter sei.

Weiterhin hat man die Theorie des äußeren Auftretens darum abgelehnt, weil sie der Mittelsperson die Wahl lasse, w i e sie auftreten wolle. Es ist nicht möglich zu leugnen, daß die Mittelspersonen in dem Dritten über ihren wahren Charakter ein falsches Bild erwecken können. Aber dieses Argument vermag die Theorie des äußeren Auftretens nicht zu erschüttern. Nicht der Geschäftsherr, noch der Charakter, den er dieser Mittelsperson gegeben hat, vermögen ihren freien Willen, anders als ihr vorgeschrieben zu handeln, auszuschalten. Gerade wegen dieser Möglichkeit muß der Dritte auf das äußere Verhalten der Mittelsperson bauen können. —

Unsere Ansicht findet auch im Gesetz in § 164 Abs. 2 die beste Stütze. Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht auf die Bedeutung dieses Absatzes eingegangen werden. Es muß die Feststellung genügen, daß es auch in diesem Fall auf das äußere Verhalten des Vertreters im Rechtsverkehr abgestellt worden ist. — Wie sollte es auch anders im Interesse der Verkehrssicherheit gelöst werden können? —

Das Endergebnis unserer Untersuchungen läßt sich demnach in folgende Definitionen, die für fast alle Fälle [82]) unseres Lebens Geltung haben werden, zusammenfassen.

---

[81]) Siehe auch Locquenhien: S. 38.
[82]) Siehe S. 14 dieser Abhandlung.

1. Bote ist derjenige, der mittels seiner natürlichen Willensfähigkeit eine Tätigkeit verrichtet, die darin besteht, von seinem Geschäftsherrn genau formulierte Willenserklärungen, einem Dritten zu übermitteln und diesem Auftrage gemäß, nach außen hin aufzutreten.

2. Vertreter ist derjenige, der im Namen und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen, innerhalb seiner Vollmacht eigene Willenserklärungen abgibt oder empfängt und demgemäß gegenüber dem Dritten auftritt.

Dritter Teil

Gibt es einen Empfangsboten?

Haben wir in dem zweiten Teil der Arbeit festgestellt, daß zur Uebermittlung von Willenserklärungen des Geschäftsherrn an den Adressaten als Mittelspersonen Vertreter und Boten tätig werden können, so müssen wir jetzt prüfen, ob auch bei den Empfangspersonen des Adressaten nach heutigem Recht die gleiche Scheidung möglich ist. Mit dieser Untersuchung kommen wir zu dem engeren Thema unserer Aufgabe. In der Wissenschaft werden verschiedene Ansichten über den Charakter der Empfangspersonen vertreten. Sie sollen einerseits Vertreter des Adressaten, Vertreter des Erklärenden oder Bote des Erklärenden, andererseits aber auch Bote des Adressaten, Empfangsbote, sein.

1. Die passive Stellvertretung

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß es einen Empfangsvertreter gibt. (Siehe § 164 B.G.B., § 174 Z.P.O.) — Der § 164 Abs. 3 lautet:

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung, dessen Vertreter gegenüber erfolgt. — Die Tatsache, daß es ihn gibt, muß uns vorerst genügen, bis wir im Zusammenhang mit der Prüfung des Rechtsinstitutes des Empfangsboten näher auf das Wesen der passiven Stellvertretung eingehen.

Es kann auch nach dem vorliegenden Teil der Arbeit kein Zweifel darüber bestehen, daß die Mittelspersonen Vertreter

oder Bote des Erklärenden sein können. Es fragt sich nur, ob unser heutiges Recht den Empfangsboten als besonderes Rechtsinstitut benötigt und zuläßt.

2. *Die Empfangsbotenlehre*

Zu diesem Zwecke prüfen wir zuerst, was unter „Empfangsboten" verstanden wird. Es ist uns nicht damit gedient, wenn man ihn als verlängerten Arm oder Hörrohr des Geschäftsherrn [83]) bezeichnet; denn dadurch erhalten wir keine klare und eindeutige Vorstellung über die Natur dieses Rechtsinstitutes. — Eine erschöpfende und klare Definition finden wir bei den wenigsten Anhängern dieses Begriffes. Geradezu typisch ist folgende Betrachtungsweise: Da man auf der aktiven Seite zwischen Boten und Stellvertreter unterscheidet, so muß auf der passiven Seite auch diese Trennung vorgenommen werden[84]). Andere [85]) wiederum wollen unter Empfangsboten nur den Absendungsboten verstanden wissen, der auch Erklärungen für seinen Herrn empfängt. — Diese Auffassung ist zu eng und würde der jetzigen Ansicht vom Empfangsboten nicht gerecht. — Es ist auch für das Rechtsinstitut „Empfangsbote" unbeachtlich, ob der Empfangsbote zugleich Aktivbote ist [86]).

Eine erschöpfende und klare Definition des Empfangsboten gibt Cohn [87]). Er versteht unter einem Empfangsboten — „jede Person, die Willenserklärungen für eine andere Person entgegennimmt und ihr übermittelt und die als Bote anzusehen wäre, wenn sie, anstatt für ihren Geschäftsherrn Willenserklärungen entgegenzunehmen, solche von ihm abgegebene für ihn an Dritte übermittelt". —

Gegenüber dieser Ansicht [88]), die den Empfangsboten als besonderes Rechtsinstitut anerkennt, und die man vielleicht

---

[83]) Hellwig: J. W. 05, S. 357 ff., Enneccerus: a. a. O., Voßwinkel: a. a. O.
[84]) Enneccerus: Allg. Teil S. 448 § 166.
[85]) Franzke: Rechtsstellung des Boten Bresl. Diss. 1912 S. 35, Plettenberg: Vertreter u. Bote bei Empfangnahme von Willenserklärungen S. 54.
[86]) Cohn: S. 3.
[87]) Cohn: S. 2.
[88]) Enneccerus: § 166 I, 2 a, Oertmann: vor § 164, Cosack: Lehrb. § 247, II, v. Tuhr: Allgem. Teil § 84, V, Staudinger: § 120, Ziff. 8, Planck: § 120,

als die herrschende Meinung bezeichnen kann, stehen aber doch viele Wissenschaftler, die den Empfangsboten ablehnen und in ihm, entweder den Stellvertreter des Erklärungsempfängers, den Boten oder den Vertreter des Erklärenden sehen [89]).

Es sind nicht etwa nur theoretische Erwägungen gewesen, die zur Anerkennung des Empfangsboten als besonderes Rechtsinstitut geführt haben, sondern die Anhänger dieser Lehre glauben, dieses Rechtsinstitut mit der Eigenwertigkeit vieler Fälle des täglichen Lebens begründen zu können. Sie sind der Ansicht, daß mit den im Gesetz gegebenen Mitteln die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, die in der Wohnung an Dienstboten, Kinder oder sonstige Hausgenossen abgegeben werden, nicht zu lösen ist. — Hinsichtlich des Zeitpunkts des Wirksamwerdens verkörperter Willenserklärungen, die auf Seiten des Erklärungsempfängers von Mittelspersonen entgegengenommen werden, bestehen kaum verschiedene Ansichten. — Sie werden mit der Ablieferung an die Mittelsperson wirksam[90]). — Streit besteht nur über das „warum" des Wirksamwerdens.

Unsere im ersten Teil der Arbeit festgelegte Zugangs-Definition gibt auf diese Fälle keine Antwort. Alle Versuche [91]) durch eine allgemeiner gefaßte Zugangs-Definition, diese Fälle mit einzubegreifen, sind abzulehnen. Wenn Fritze es als völlig gleichgültig ansieht, ob eine Willenserklärung an den Adressaten selbst oder an die Personen seiner näheren Umgebung abgegeben wird, so begeht er den Fehler, die Personen der Umgebung dem Adressaten gleichzusetzen [92]). Ferner gibt es Personen, denen, obgleich sie zur näheren Umgebung gehören, eine

---

Ziff. 8, Schmidt-Rimpler: Handb. d. Ha. R. V, 1 S. 222, Landsberg: I, S. 213, Düringer-Hachenburg: II, Einleitung, Anm. 165, Hupka: Haftung S. 110, Rehbein: I, S. 251, Crome: I, S. 451, Kohler: I, § 189, S. 431, Hölder: zur Theorie der Willenserklärungen, S. 102, Rümelin: Arch. f. zivil. Praxis 93, S. 100, Goldmann-Lilienthal: I, S. 198, Cohn: S. 12 weitere Literatur.

[89]) Besonders Hellwig: Lehrb. d. Zivil-Prozeß-Rechts, II, S. 355 und J. W. 1905 S. 357 ff. Weitere Literatur S. 53 Anm. 128.

[90]) Enneccerus: I, § 144, II, 2, Leonhard: Wahlschuld S. 37/38, Staudinger: zu § 130 Erl. 3 a, Planck: zu § 130 Erl. 1, Kohler: I, S. 500, II, 2, Titze: Zeitpunkt 412 ff., 423 ff., Breit: zur Lehre des Rechtsgeschäfts, sächs. Arch. Bd. 15, S. 664, Cosack: Lehrb. I, § 59, II, 1 a, Koppers: Gruchot 46, S. 429 u. a.

[91]) Fritze: Arch. f. bürg. Recht 14, S. 214/15, Rhodovi: S. 148.

[92]) Leonhard: Wahlschuld S.38.

Befugnis zum Empfange von Willenserklärungen fehlt, und Personen, die nicht zur Umgebung des Adressaten gehören und doch empfangsberechtigt sind (z. B. Beauftragte, Zustellungsbevollmächtigte).

Auch die Besitzdienereigenschaft der Mittelspersonen, die Titze [93]) bei dem Zugang verkörperter Willenserklärungen für maßgebend hält, ist, wie die Besitzlehre überhaupt [94]), für den Zugang von Willenserklärungen ohne Bedeutung. Es kann an dieser Stelle genügen, wenn wir auf die früher geltend gemachten Bedenken hinweisen. Außerdem sind viele Fälle denkbar, wo die Mittelspersonen nicht in sozialer Abhängigkeit, dem wichtigsten Merkmal des Besitzdieners, stehen. — Sollte denn kein Zugang eintreten, wenn ich meinen Freund beauftrage, für mich einen Brief entgegenzunehmen?

Diesen beiden Ansichten, die nur wenig Anhänger gefunden haben, steht die große Anzahl derer gegenüber, die eine Lösung durch Einführung des besonderen Rechtsinstitutes des Empfangsboten zu finden glauben. Oft hat lediglich die Gegenüberstellung mit den Mittelspersonen auf der aktiven Seite zu der Schlußfolgerung geführt, daß es auch auf der passiven Seite zwei Arten von Mittelspersonen geben müsse. Andere wiederum bekennen sich, von begrifflichen Erwägungen ausgehend zu dem Empfangsboten. — Sie untersuchen das Verhalten der Mittelspersonen auf der passiven Seite und leugnen jegliche aktive Betätigung und damit das Vorhandensein des Willensmomentes [95]). Ihre Auffassung hängt auf das engste mit dem rechtlichen Charakter des Empfanges überhaupt zusammen.

Friedeberg [96]) und andere [97]) gelangen bei der Prüfung dieser Frage zu dem Ergebnis, daß bei der Empfangnahme stets der Adressat bezw. seine Mittelspersonen mitwirken müßten. Er wie Endemann folgern dieses aus der Vorschrift des § 131, nach der der Empfänger geschäftsfähig sein muß. Geschäftsfähigkeit

---

[93]) Zeitpunkt S. 426.
[94]) Siehe S. 19 dieser Abhandlung.
[95]) Z. B. Kohler: I, S. 431, Leonhard: R. S. 13.
[96]) Friedeberg: a. a. O. S. 18.
[97]) Endemann: § 28, 1, Titze: Mißverständnis 2. Teil § 18, 2, Endemann: § 66, 3.

setze aber ein wahrnehmbares Handeln voraus; denn ohne ein solches von außen wahrnehmbares Verhalten sei bei einem rechtlich bedeutsamen Ereignis jenes Erfordernis unbegründet. Dieser Ansicht können wir jedoch nicht folgen; denn ihre Auffassung über das Wesen der Geschäftsfähigkeit ist abzulehnen. Beide haben sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck des § 131 auseinandergesetzt. — Diese gesetzliche Bestimmung ist lediglich zum Schutze geschäftsunfähiger Personen geschaffen [98]), um sie vor Schädigungen zu bewahren. Eine geschäftsunfähige Person wird selten die nötige Erkenntnisfähigkeit besitzen, um eine zugehende Willenserklärung rechtlich würdigen zu können. Daraus ersehen wir, daß der rechtliche Charakter der Empfangnahme unter Zuhilfenahme dieser Vorschrift nicht geklärt werden kann.

Diese Erwägungen führen eher zu einer Ablehnung der Lehre von der aktiven Natur der Empfangnahme. Noch mehr werden wir in dieser Ansicht bestärkt durch die in den §§ 132 B.G.B. 166 ff. Z.P.O. geregelten Bestimmungen über die Zustellung. Die Zustellung ist eine bestimmte Art der Uebermittlung von Willenserklärungen, bei der eine Mitwirkung des Erklärungsempfängers gesetzlich ausgeschlossen ist. Friedeberg versucht diese Bestimmung mit dem Einwand abzutun, daß diese Ausnahme die Regel bestätige — oder mit der weiteren Behauptung, daß es sich bei der Zustellung nur um eine Einrichtung handele, die dem Erklärenden sein Vorhaben erleichtern solle. — Diese Beweisführung ist aber verfehlt und unrichtig. Sie verwechselt eine Erscheinung bei der Zustellung mit dem Grunde; denn der wahre Grund der passiven Beteiligung des Erklärungsempfängers ist die staatliche Autorität, die eine Ablehnung durch ihn nicht gestattet [99]).

Wir vermögen daher dieser Lehre nicht zu folgen und glauben, daß es sich bei der Empfangnahme lediglich um eine passive Tätigkeit handelt [100]).

---

[98]) Breit: S. 566 ff., Plettenberg: S. 26.
[99]) Plettenberg: S. 26.
[100]) Isay: S .85, III, 2, Bieber: S. 26, Plettenberg: S. 26, Titze: Mißverständnis Teil 2, 1. Kap. § 18, 2, Cohn: S. 17.

Man ist leicht geneigt, aus diesem Ergebnis den Schluß zu ziehen, daß es auf der passiven Seite keine Stellvertretung, sondern nur eine Botentätigkeit gäbe. — Es kann sich doch nicht um einen Vertreter im Willen handeln, wenn gar kein Wille vorhanden ist [101]). — Dieses Ergebnis wäre mit der gesetzlichen Regelung in § 164 Abs. 3 unvereinbar. Die passive Natur der Empfangnahme und die Bestimmung des § 164 Abs. 3 zwingen uns vielmehr zu einer ganz anderen Folgerung. Es handelt sich zwar bei der Empfangnahme um eine passive Tätigkeit, jedoch will das Gesetz sie als Stellvertretung, wie der § 164 Abs. 3 deutlich zeigt und nicht als Botenschaft aufgefaßt wissen.

Bestärkt in unserer Ansicht werden wir noch durch den Inhalt des § 174 Z. P. O.[102]). Das Gesetz bezeichnet die Person, die zum Empfang von Zustellungen bestellt ist, als Zustellungsbevollmächtigten. Zustellungen sind aber Uebermittlungen von Willenserklärungen in einer bestimmt vorgeschriebenen Form. In diesem gesetzlich geregelten Falle ist die Empfangsperson nicht etwa als Empfangsbote, sondern als Bevollmächtigter bezeichnet worden. — Wenn auch die Anhänger der Empfangsbotenlehre gegenüber dieser gesetzlichen Vorschrift einwenden, daß damit noch nicht die Möglichkeit einer Empfangsbotenschaft ausgeschlossen werde, so ist diese Folgerung nur eine Behauptung. Mögen auch öffentlich rechtliche Erwägungen mit dazu geführt haben, diese passive Mittelsperson als Bevollmächtigten zu bezeichnen, so läßt sich doch die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß es sich hier um einen gesetzlich geregelten Fall handelt, in den die Empfangsperson als Bevollmächtigter aufgefaßt worden ist, während sie keinen Paragraphen unserer Gesetze nennen können, in dem von einem Empfangsboten die Rede ist.

Dieses Ergebnis spricht als erstes Argument gegen den Empfangsboten.

---

[101]) Vergl. Dernburg I, § 161, II,b, Goldmann-Lilienthal: § 49, 2, Cosack: § 66 I, 2, Hupka: § 7 S. 100 Nr. 1, Leonhard: B. G. B. I, § 74 II, Rehbein: S. 251, Falkmann: S. 37, Schliemann: S. 16, 26, Titze: Teil 2, Kap. 1, § 18, 2, Voßwinkel: S. 389.

[102]) Siehe auch Plettenberg: S. 49.

Andere Schriftsteller haben sich in der Weise mit der Vorschrift des § 164 Abs. 3 auseinandergesetzt, daß sie neben dem Empfangsboten die passive Stellvertretung anerkennen. Hierdurch wird aber unser erstes Argument gegen den Begriff des Empfangsboten nicht erschüttert. Neben den schon oben erwähnten Gründen nehmen die Anhänger dieser Lehre zwecks Begründung der Einführung des Begriffes des Empfangsboten die „Billigkeit" und das „praktische Bedürfnis des Verkehrslebens" für sich in Anspruch. — Sie verlangen mit Recht, daß ein passiver Stellvertreter mindestens beschränkt geschäftsfähig sein müsse, um Erklärungen wirksam entgegennehmen zu können. Sie meinen, daß es der Billigkeit widerspräche, wenn ein Brief nicht schon dann zugegangen wäre, wenn er dem sechsjährigen Kinde, einem sehr häufigen Falle [103]), in der Wohnung übergeben werde. Es muß aber mit Fug und Recht bezweifelt werden, ob dieses, für die Anhänger des Empfangsboten schon berühmt gewordene Beispiel des sechsjährigen Kindes, ein häufig vorkommender Fall unseres Verkehrslebens ist. Es muß auch bezweifelt werden, ob das Ergebnis der Empfangsbotenlehre bezüglich des sechsjährigen Kindes der Verkehrsanschauung entspricht. — Da jedoch diese beiden Punkte von den Gegnern wie den Anhängern der Empfangsbotenlehre für ihre Ansichten ins Feld geführt werden, so wirft eine jede Partei der anderen vor, daß sie wohl Behauptungen aufstelle, aber keine Beweise erbringe. Ein absolut sicheres Beweismittel für und gegen den Empfangsboten ist damit noch nicht gefunden.

Die Anhänger der Empfangsbotenlehre vergleichen weiterhin die Empfangspersonen mit Briefkästen und anderen Empfangsvorrichtungen und schließen daraus, daß diese Empfangspersonen nur Empfangswerkzeuge des Adressaten, nie aber Vertreter sein könnten. — Man kann über dieses Argument denken wie man will, zu überzeugen vermag es, wie unsere Darlegungen auf Seite 54 zeigen, nicht.

Gegen den Empfangsboten spricht dagegen weiterhin folgendes. — Die Anhänger der Empfangsbotenlehre lassen die

[103]) Cohn: S. 8 u. a.

verkörperte Willenserklärung mit der Abgabe an den Empfangsboten wirksam werden. Mit Recht kann man hiergegen einwenden, daß dieses Ergebnis mit der Natur des Empfangsboten schlechthin unvereinbar ist[104]). — Eine Erklärung kann nur dem Adressaten und außerdem noch dem Vertreter „gegenüber" abgegeben werden, da der Vertreter an Stelle seiner Partei steht. Dieses ist aber bei dem Empfangsboten nicht der Fall. Eine Erklärung kann nur „an ihn", nicht aber ihm gegenüber abgegeben werden. — Nicht er ist der Erklärungsgegner, sondern sein Geschäftsherr. Bezüglich des § 130 und des Begriffes „abwesend" müssen wir danach die Person des Geschäftsherrn in Betracht ziehen. — Wenn daher der Empfangsbote eine verkörperte Willenserklärung in Empfang genommen hat, so ist mit der Abgabe an den Empfangsboten der Zugang noch nicht eingetreten. — Obgleich sie von dem Empfangsboten entgegengenommen worden ist, so kann sich der Geschäftsherr allein durch eigene Tätigkeit, keine Kenntnis von dem Inhalt verschaffen. Erst dann, wenn die Uebermittlungstätigkeit beendet ist, und der Empfangsbote dem Geschäftsherrn die verkörperte Willenserklärung übergeben hat, ist er besser als irgendein beliebiger Dritter gestellt.

Mit dieser Lösung haben wir ein geradezu ungeheuerliches Ergebnis, welches den Zielen der Empfangsbotenlehre völlig entgegengesetzt ist, erhalten. — Lasse ich meine Briefe durch einen Boten abholen, so wären sie nicht mit der Empfangnahme, sondern erst mit der Ablieferung durch ihn, zugegangen. Dieses ist mit der Verkehrsanschauung, wie ja auch die Anhänger der Empfangsbotenlehre selbst durch ihre Ansichten bekunden, schlechterdings unvereinbar und doch entspricht es der Natur des Empfangsboten. Um dieses, für die Empfangsbotenlehre katastrophale Ergebnis abzuschwächen, stellt Cohn neben den „einfachen" Empfangsboten, den allein die herrschende Lehre kennt, noch den Empfangsboten mit erweiterter Ermächtigung, über den wir noch später im Zusammenhang mit dem § 123 B. G. B. zu sprechen haben werden. — Es ist nur kurz darauf hinzuweisen, daß bei dem Empfangsboten mit erweiterter Ermäch-

[104]) Cohn, S. 48, 54.

tigung der Zugang schon in dem Augenblick der Empfangnahme der Briefe eingetreten wäre. —

Haben wir bezüglich der Empfangnahme verkörperter Willenserklärungen wenigstens noch ein, wenn auch unhaltbares, Ergebnis gefunden, so vermögen wir bezüglich des Zuganges mündlicher Willenserklärung zu gar keiner Lösung zu gelangen.

Wir haben festgestellt, daß es bei der Tätigkeit des Empfangsboten, was den Begriff Abwesenheit anbetrifft, allein auf den Geschäftsherrn ankommt, und daher § 130 angewandt werden muß. — Dieser Paragraph kann aber nicht auf mündliche Willenserklärungen Anwendung finden. Hiergegen spricht das Wort „zugehen". — Im ersten Teile der Arbeit haben wir eingehend den Unterschied von verkörperten und unverkörperten Willenserklärungen und die Anwendung des § 130 untersucht. — Dabei haben wir festgestellt, daß der § 130 niemals auf mündliche Willenserklärungen angewandt werden kann [105]). Daraus müssen wir als weiteres Argument entnehmen, daß es keinen Empfangsboten gibt; denn für mündliche Willenserklärungen, die an den Empfangsboten abgegeben werden, vermögen wir gar keine Lösung zu finden, — oder sollte es in diesem Falle nur Empfangsboten mit erweiterter Ermächtigung geben? —

Auch im Falle des § 123 B. G. B. vermochte nur der Empfangsbote mit erweiterter Ermächtigung zu einer annehmbaren Lösung zu führen. Cohn untersucht (s. 138 ff.), ob der Vermittlungsagent Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 sei. Er nimmt gegen die fast einstimmige Lehre [106]) an, daß der Vermittlungsagent nicht passiver Vertreter, sondern Empfangsbote sei. Er muß zugeben, daß der § 123 unter einem Dritten nur den Adressaten

---

[105]) Breit: Sächs. Arch. 15, 653 ff., Oertmann: Kommentar § 130, 4 a, 3 und im Recht 56 S. 724 ff., Düringer-Hachenburg: u. a. O. — Cohns Darlegungen S. 49 ff. vermögen nicht unsere früheren Erwägungen, im ersten Teil der Arbeit, zu erschüttern.

[106]) Staub: Anh. zu § 85, Lehmann-Ring: § 85 Nr. 2, Düringer-Hachenburg: § 84, VII Anm. 26 ff., Staudinger: vor § 164 B. G. B., Makower: § 85, 1 a, Ritter: § 84, 1 b, Wieland: (Bindings H. B.) I § 33, Ziff. 2, Immerwahr: S. 175, Albrecht und Tentler: S. 60, Hupka: Vollmacht S. 121, Müller-Erzbach: S. 150, S. 700, Josef: Ih. Jahrb. 59 S. 369 ff., R. G. Z. 51, 150 ff.; 60, 188; J. W. 1899, 50; O. L. G. Brschwg. D. J. Z. 1903, 408.

und dessen Stellvertreter versteht. Cohn stellt nun den Empfangsboten mit erweiterter Ermächtigung dem Stellvertreter gleich, indem er darauf hinweist, auch der Empfangsbote mit erweiterter Ermächtigung, ähnlich wie der Stellvertreter, sei für die Entstehung der Willenserklärung von ausschlaggebender Bedeutung.

Man kann sich bei dieser Darstellung des Gefühls nicht erwehren, als ob der Empfangsbote mit erweiterter Ermächtigung letzten Endes nur ein anderer Name für den Vertreter sei. Jedoch ist aus der Abhandlung Cohn's [107]) nicht so klar ersichtlich, welche Rechtsnatur der Empfangsbote mit erweiterter Ermächtigung hat, um ihn daraufhin näher untersuchen zu können. — Es ist nur festzustellen, daß, ob man nun vom Empfangsboten schlechthin oder vom Empfangsboten mit erweiterter Ermächtigung spricht, der Kern „Empfangsbote" erhalten bleibt.

Gegen den Empfangsboten schlechthin spricht weiterhin der Begriff „Bote". Zwar nennt das B. G. B. nur im § 196 Abs. 2 diesen Begriff, aber die Wissenschaft versteht unter einem Boten, die die Erklärung übermittelnde Person des § 120 B. G. B. Wenn wir aber dieses anerkennen, so widerspricht es der Logik, in Bezug auf den Boten auch von einem Empfangsboten zu reden [108]). — Wenn Cohn diese Auffassung mit dem Einwand abzutun versucht, daß sie im terminologischen stecken bleibe[109]), so ist das kein genügender Gegengrund.

Vergleichen wir seine Definition des Empfangsboten [110]) mit diesem Einwand, so scheint er doch selbst der Auffassung zu sein, daß der Begriff Bote für unseren Rechtsverkehr mehr als eine beliebige, kaum das Wesen treffende Bezeichnung sei. Es wäre sonst unverständlich, warum er in dieser Definition die Worte gebraucht . . . „und die als Bote anzusehen wäre" . . . —

---

[107]) Cohn: S. 109, 140, 151.
[108]) Aßmann: S. 68, Henle: I S. 83, Hellwig: J. W. 1905 S. 356, O. L. G. Brschwg. Seuff. Arch. 61, 223 ff., Hölder: Festschr. S. 101, Mitteis: S. 136.
[109]) S. 13.
[110]) Siehe S. 39 dieser Abhandlung.

Es ist also danach von Belang, daß der Botenbegriff mit der juristischen Struktur des Empfangsboten unvereinbar ist [111]).

Nach § 120 ist es gerade die aktive Tätigkeit der Uebermittlung von Willenserklärungen, die das charakteristischste und typischste Merkmal des Boten darstellt. Voßwinkel [112]) versucht, diese gesetzlich feststehende Tatsache dadurch zu entkräften, daß er darauf hinweist, daß doch der zum Empfang vom Erklärungsempfänger bestellte Bote von dem Absender der Erklärung zur Uebermittlung benutzt werde. Er hat hiermit etwas unbedingt Richtiges beobachtet. Wir erkennen ohne weiteres an, daß der Bote die Erklärung des Absenders übermittelt, aber wir müssen es auf das Entschiedenste bestreiten, daß dieser Bote Empfangsbote des Erklärungsempfängers ist. Er ist weiter nichts als der Bote des Absenders. Es ist doch für das Rechtsverhältnis des Boten zum Absender völlig gleichgültig, ob dieser Bote schon eine Willenserklärung für seinen Geschäftsherrn übermittelt hat und nun für denjenigen, dem er sie mitgeteilt hat, an seinen Herrn eine andere Erklärung des betr. weitergibt.

Es kommt hierbei lediglich auf die Person des Absenders an. Er allein macht den Boten zu s e i n e m Boten. Nur zu ihm steht bezüglich dieses Auftrages der Bote in einem Rechtsverhältnis. Auch wenn der von seinem Geschäftsherrn gesandte Bote, die Anweisung erhalten hatte, eine Antwort mitzubringen, braucht er ihm kein Vertrauen zu schenken. Er kann immer eine ihm bekannte Person zur Uebermittlung benutzen, wenn auch im allgemeinen eine derartige Anweisung keinem Unzuverlässigen mitgegeben wird. Aber nicht nur in diesem Punkte irrt Voßwinkel, sondern auch bei der Untersuchung der Frage, wer bei unrichtiger Uebermittlung für die Mittelsperson haftet. Er läßt nicht etwa den Absender, sondern den Adressaten für die unrichtige Uebermittlung einstehen. — Die Haftung hängt aber auf das Engste mit dem im § 120 und ff. gegebenen Anfechtungsrecht zusammen. Anfechten kann darnach nur der Schöpfer der Willenserklärung, der den Boten mit der Ueber-

[111]) Aehnlich Socolowski: S. 43.
[112]) S. 390.

mittlung betraut hat. Wenn auch die Anweisung an den Boten, eine Antwort mitzubringen, im Innenverhältnis zwischen Boten und Geschäftsherrn rechtliche Bindungen hervorruft, so ist doch lediglich derjenige, der diesen ihm gesandten Boten einen Auftrag gibt, bezüglich dieses Auftrages, der allein Anfechtungsberechtigte.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht sieht auch Rehbein [113]) in dem Adressaten den alleinigen Geschäftsherrn, und Marcus [114]) zieht daraus die logische Schlußfolgerung, daß der Adressat dem Gegner bei falscher Uebermittlung das negative Vertrauensinteresse ersetzen müsse. — Es ist von den Gegnern dieser Ansicht aber auch der Grund der Schadensersatzverpflichtung außer Betracht gelassen worden. — Eine Schadensersatzleistung kommt nur dann in Frage, wenn ein „Vertrauensbruch [115]), um es kurz so zu nennen, vorliegt. Dieser tritt immer erst bei dem Empfänger in Erscheinung. Er ist der, gegenüber dem der Vertrauensbruch begangen worden ist, und daher muß nicht der Empfänger, sondern der Adressat den Schaden ersetzen; es sei denn, er ließe die unrichtig übermittelte Erklärung bestehen.

Voßwinkel stützt seine Ansicht weiterhin auf die Verkehrsauffassung. Er glaubt, daß der Absender des Empfangsboten durch die Weisung, die Antwort entgegenzunehmen, die Verantwortung für den Boten übernehme. Auch dieses muß bestritten werden. Es ist nicht richtig, daß es der herrschenden Rechtsanschauung entspricht, aus dem Auftrage, eine Antwort entgegenzunehmen, den Schluß zu ziehen der Herr des Empfangsboten wolle dadurch auch für die unrichtige Uebermittlung einstehen [116]). Es ist geradezu Willkür, den Herrn des Empfangsboten für eine unrichtige Uebermittlung haften zu lassen. Wenn auch der Herr des Empfangsboten glaubt, die Antwort des Gegners im voraus genau zu kennen, so muß er doch immer damit rechnen, daß dieser eine andere Erklärung abgibt. Die Tatsache allein, daß es im übrigen sein eigener Bote ist, der ihm die Erklärung des Gegners übermittelt, kann nie und nimmer dazu führen, ihn auch für diese unrichtige Uebermittlung ein-

[113]) S. 251.

stehen zu lassen. Wenn wir die Sachlage an der Hand eines kurzen Beispieles prüfen, so werden wir die Richtigkeit unserer Anschauung bestätigt finden.

A. und B. verhandeln über den Kauf eines Motorrades, Marke Opel. — B. bietet es dem A. zum Preise von RM 1000.— an. Da sich aber A. nicht sofort entschließen kann, bittet er B., es ihm eine Woche an der Hand zu lassen. Am letzten Tage der betr. Woche schickt B. einen Boten um Antwort zu A. A. erklärt, er wolle nicht das Motorrad Marke Opel, sondern Marke NSU, die B. auch, aber für RM 1500.—, zu verkaufen hat, zu dem Preise von RM 1000.— erwerben. — Der Bote bestellt dem B. nur, A. wolle das Motorrad für RM 1000.— haben.

Da in diesem Falle zwischen A. und B. nur über das Motorrad, Marke Opel, verhandelt worden war, so konnte B. nur eine kurze Antwort, sei es Ja oder Nein, erwarten. Aber der Verlauf war ein anderer; denn A. gab dem Boten des B. eine völlig von der Vorstellung des B. abwegige Antwort. A. machte ihm unter Ablehnung des alten, ein neues Vertragsangebot. — Dieses Beispiel zeigt klar, daß der Herr des Empfangsboten, der B., niemals die Absicht gehabt hat, für eine unrichtige Bestellung durch seinen Boten die Gefahr zu übernehmen. Es war nicht seine Schuld, daß der Bote, sich bezüglich der zu überbringenden Antwort als unzuverlässig erwies. Es war, wie wir schon oben erwähnt haben, die Pflicht des A., die Vertrauenswürdigkeit des ihm fremden Boten zu prüfen. Die Bitte des B. um Antwort konnte den A. dieser Prüfung nicht überheben. Er mußte entweder die Zuverlässigkeit des Boten erproben oder einen eigenen Boten schicken oder die Erklärung dem B. schriftlich mitteilen.

Titze [117]) hat diese Erwägungen durch einen Analogieschluß mit einer „Telegraphenanstalt" abzutun versucht. Aber dieser Analogieschluß, wie so viele, paßt nicht. In diesem Falle kann der Gegner nämlich keinen anderen, gleich schnellen Weg

---

[114]) Im Recht 1907. S. 46.
[115]) Locquenghien: S. 63.
[116]) Siehe auch Plettenberg: S. 50.
[117]) S. 290.

nehmen, um der anderen Partei die Rückantwort mitteilen zu können. Bei einer Uebermittlung durch den Boten ist dieser Weg aber jederzeit vorhanden.

Voßwinkel selbst hat sich den obigen Erörterungen nicht verschließen können. Er meint [118]), daß sein Grundsatz in der Praxis unter Umständen zu Härten führen könne. Er schränkt ihn daher ein, indem er die Mittelsperson nur dann als Empfangsboten ansehen will, wenn die Erklärung „verkehrsüblich" abgegeben werden könne. Ist dieses nach der Verkehrsanschauung aber nicht anzunehmen, so sieht er in dem „Boten" einen Boten des Erklärenden. In wie vielen Fällen unseres täglichen Lebens dann überhaupt noch ein Empfangsbote auftritt, hat er nicht nachgeprüft. Nach unserer Auffassung hat er damit nicht nur die Schwäche der Empfangsbotenlehre erkannt, sondern seiner Lehre das eigene Grab gegraben. Es scheint uns kaum zweifelhaft, daß es gar keinen „verkehrsüblichen" Empfangsboten gibt.

Um die von uns bekämpften und der Verkehrsanschauung widersprechenden Lösungen zu vermeiden, sind einige Wissenschaftler [119]). einen anderen Weg gegangen. Nach ihrer Ansicht hat die unrichtige Uebermittlung der Willenserklärung durch den Empfangsboten vom Absender zum Erklärungsempfänger gar keine Wirkung. Da sie nichtig ist, braucht der Erklärungsempfänger auch nicht anzufechten. Wenn er aber nicht anzufechten braucht, so entfällt auch die Ersatzleistung des negativen Interesses nach § 122 B. G. B. Dieses Ergebnis ist in der Theorie [120]) heftig angegriffen worden. Die Risikoverteilung, die die Anhänger dieser Lehre vornehmen, entspricht nicht der Billigkeit [121]): Wir verweisen an dieser Stelle auf unsere früheren Erörterungen [122]).

---

[118]) S. 395—97.

[119]) Cosack: I S. 226, Goldmann-Lilienthal: I S. 141, Schliemann: Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht 16 S. 8, Friedeberg: Vertretung i. Empfang S. 26, Titze: Mißverständnis S. 292, Cohn: S. 63; — Auch O. L. G. Kiel: R, O. L. Bd. 8 S. 27 ff.

[120]) Siehe Voßwinkel: S. 394, Rehbein: S. 141, Staudinger: § 120 Ziff. 8, Monich: S. 83.

[121]) Cohn: S. 64.

[122]) Siehe S. 43 dieser Abhandlung.

Rehbein [123]) will den Uebelstand, daß bei falscher Uebermittlung durch den Empfangsboten gar keine Wirkung eintreten soll, dadurch beseitigen, daß er vorschlägt, der Adressat müsse die unrichtige Uebermittlung in der Form, wie sie vom Absender dem Empfangsboten gegeben werde, gegen sich gelten lassen. Eine durch den Empfangsboten unrichtig übermittelte Annahme eines Vertragsangebots müsse demnach als Ablehnung zu gelten haben, wenn sie ursprünglich vom Absender erklärt war.

Da er auch infolge der Konstruktion des Empfangsboten die Möglichkeit einer Anfechtung nach § 120 ablehnt, kommt er zu dem Ergebnis, daß der Adressat den Schaden selbst tragen müsse. Auch dieser Vorschlag ist abzulehnen. Es kann nicht angehen, daß der Adressat durch das Vertrauen auf die Richtigkeit der übermittelten Erklärung einen Schaden erleidet, den er durch eigenes Verschulden nicht verursacht hat. Bedenkt man dabei noch, daß der Adressat vielleicht erst viel später, nachdem er im Vertrauen auf die Richtigkeit der übermittelten Erklärung selbst weitere Geschäfte abgeschlossen hat, von der falschen Erklärung des Empfangsboten Kenntnis erhält, so muß man diesen Vorschlag Rehbein's, wie auch die Lehre Cosack's aufs Entschiedenste bekämpfen.

Auch hierbei zeigt sich, daß die Lehre vom Empfangsboten, so bestechend wie sie anfangs begründet schien, zu Ergebnissen führt, die alles andere als billig und der Verkehrsanschauung entsprechend sind.

Doch damit sind unsere Gründe, die gegen die Empfangsbotenlehre sprechen, wenn sie auch schon die Ablehnung rechtfertigen, noch nicht erschöpft. — Wenn wir unsere Definitionen des Vertreter und des Boten, in dem zweiten Teile unserer Arbeit, vergleichen, so können wir noch ein Unterscheidungsmerkmal feststellen, welches gegen die Empfangsbotenlehre spricht. Jede Botenschaft setzt eine ganz bestimmte Willenserklärung, die übermittelt werden soll, voraus. Nur in Bezug auf diese bestimmte Willenserklärung liegt Botenschaft vor. Die Botenschaft ist also relativ, während die Stellvertretung

---

[123]) S. 141.

absolut ist [124]). Es kann daher keine Empfangsbotenschaft geben; denn der Herr des Empfangsboten kennt die ihm zu übermittelnde Willenserklärung niemals ganz genau.

Cohn [125]) hält diese Unterscheidung für ein Mißverständnis und versucht durch ein Beispiel [126]), die Unrichtigkeit dieser Anschauung zu beweisen. Um dieses aber zu können, muß er gegen die fast einstimmig herrschende Lehre annehmen, daß ein Bote auch für eine Reihe unbestimmter Willenserklärungen bestellt werden könne, ohne dadurch zum Vertreter zu werden. Er meint mit Hupka [127]), daß der Botenbegriff zu unrecht viel zu sehr eingeschränkt werde. — Da wir in dem zweiten Teil der Arbeit den Botenbegriff eingehend behandelt haben, erübrigt es sich, an dieser Stelle, noch einmal all die Gründe zu wiederholen, die gegen eine derartige Auffassung sprechen. Da er aber nichts anderes gegen die Unterscheidung bezüglich der Relativität des Botenbegriffes und der Objektivität des Vertreterbegriffes anzuführen vermag, so hat er dadurch auch diesen Grund gegen den Empfangsboten als besonderes Rechtsinstitut nicht zu beseitigen vermocht. —

Es ist also daran festzuhalten, daß die Relativität des Botenbegriffes eine Empfangsbotenschaft nicht zuläßt.

Aus all den angeführten Gründen ist daher mit einer großen Anzahl von Schriftstellern [128]), die Lehre vom Empfangsboten als rechtsirrtümlich zu verwerfen.

Auch der Ansicht Jung's [129]), der auf einem anderen Wege versucht, zu einer Lösung des Problems zu gelangen, können wir nicht folgen. Er nimmt für den Fall, daß ein Bote an den Geschäftsgegner mit der Weisung, auf Antwort zu warten, geschickt wird, und dieser den Boten benutzt, einen stillschweigen-

---

[124]) Plettenberg: S. 51 Menz S. 60, Locquenghien: S. 67, Rhodovi: S. 144.

[125]) S. 13 ff.

[126]) S. 14.

[127]) Vollmacht S. 110 Anm. 1.

[128]) Hellwig: II, 2 S. 357, Rosenberg: 1. Teil § 5 S. 202, Biermann: § 72, 2 c, Koppers: D. J. Z. 1906 S. 75 und Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 229, Josephi: S. 45, Aßmann: § 28 S. 68, Plettenberg: S. 52, Mathiass: § 52, III B. a., Mitteis: § 15 S. 135, Thiele: S. 117, 138, Locquenghien: S. 67, Socolowski: S. 45 ff., wohl auch Leonhard: Bürg. Recht S. 45.

[129]) Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 117, 86.

den Vertragsschluß an. Der Inhalt dieses Vertrages sei eine gerechte Verteilung des Risikos der Uebermittlung unter beide Parteien. — Dieser Auffassung steht entgegen, daß, im allgemeinen, kein Anhalt für eine derartige Annahme gegeben ist. Die Parteien werden an ein derartiges Risiko kaum gedacht [130]), noch viel weniger einen Vertrag darüber abgeschlossen haben.

Wenn wir auch schon im Laufe der Arbeit die wahre Natur des Empfangsboten gestreift haben, indem wir darauf hinwiesen, daß er passiver Stellvertreter oder Bote des Erklärenden sein könne, so sind wir doch mit Absicht noch nicht näher darauf eingegangen. Das soll in folgendem geschehen.

3. Die Empfangspersonen sind entweder Vertreter des Erklärungsempfängers oder Bote des Erklärenden.

Haben die Mittelspersonen Empfangsvollmacht, so sind sie Empfangsvertreter (§ 164 Abs. 3). Diese Empfangsvollmacht kann ausdrücklich erteilt werden; sie braucht es aber nicht in jedem Falle zu sein [131]). Nehmen Hausgenossen, Dienstpersonal oder Angehörige des Adressaten einen Brief in Empfang, so wird man sie als Bevollmächtigte anzusehen haben [132]). Ihre äußere Stellung läßt vermuten, daß sie zu Vertretern des Adressaten bestellt sind. Es kann auch eine Bevollmächtigung, die früher für ähnliche Fälle erfolgt war, dafür sprechen. Diese vermutete Vollmachtserteilung wird mit dem Hinweis bekämpft, daß das B. G. B. sie nicht kenne [133]). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß das B. G. B. in den §§ 370, 714 (auch § 56 H. G. B.) sie sogar ausdrücklich vorsieht.

Noch weniger wird die Vollmachtstheorie durch den Vergleich der Mittelspersonen mit Briefkästen und ähnlichen Empfangsvorrichtungen widerlegt. Es ist völlig abwegig, wie wir schon früher kurz andeuteten, wenn man aus der Tatsache, daß

---

[130]) Cohn: S. 10.
[131]) Enneccerus: I, § 171 Anm. 6.
[132]) Für Vollmachtstheorie Leonhard: W. S. 38, L. S. 31, Kunstmann: S. 73/74, Rosenberg: S. 205, Staub: § 361 Anm. 5, Planck: § 130 Erl. 1 u. 3.
[133]) Mathiaß: § 56 III B. I S. 126.

der Briefkasten keine Vollmacht habe, folgern will, daß auch die Empfangsperson keine brauche. Vergißt man denn ganz und gar, daß eine Empfangsperson im Gegensatz zum Briefkasten die Briefe selbst beseitigen oder die Weitergabe verzögern kann? Empfindet man denn gar nicht, daß der Vergleich bis in alle Einzelheiten hinkt?

Für die Empfangnahme nichtverkörperter Willenserklärungen wird nicht, in dieser Allgemeinheit jedenfalls, eine Vollmacht zur Empfangnahme durch das Dienstpersonal vorhanden sein[134]). Es werden bezüglich der Empfangnahme mündlicher Willenserklärungen erheblich höhere Anforderungen an die Mittelsperson gestellt. Daher kann es nicht, wie „bei einem Brief" ausreichen, daß die Empfangsperson der Hausgemeinschaft des Adressaten angehört. Es müssen vielmehr besondere Umstände für die Vertretungsmacht der Empfangsperson sprechen[135]). Aus diesem Grunde werden die Fälle der Vollmacht bezüglich der Empfangnahme mündlicher Willenserklärungen nicht häufig sein.

Da diese Mittelspersonen Vertreter sind, so muß man auch die Vorschriften über die Vertretung (§ 164 ff.) anwenden. — Die Erklärung wird danach also mit der Abgabe wirksam. — Die Empfangsperson muß ferner, um Bevollmächtigter sein zu können, mindestens beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165). Geschäftsunfähige können als Vertreter wirksam keine Erklärungen in Empfang nehmen. — Ist die Vollmacht gemäß § 170 erteilt, so muß der Vollmachtgeber auch den Ausschluß der Vollmacht dem Gegner anzeigen. Das gleiche ist auch für den Fall anzunehmen, wenn der Gegner sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung auf eine Vollmacht der Empfangsperson verlassen kann. Hierbei muß der Ausschluß nach außen hin deutlich erkennbar gemacht werden, sonst ist dahin zu entscheiden, daß sie dem Dritten gegenüber als fortbestehend gilt. — Wenn

---

[134]) Leonhard: W. S. S. 38, Bieber: S. 30, Thiele: S. 117 es ist falsch, wenn Cohn S. 113 behauptet, Leonhard Ih. Jahrb. 41, 38 ff. stehe auch bezügl. mündlicher Willenserklärungen schlechthin auf dem Standpunkt der Vollmachtstheorie.

[135]) R. G. bezeichnet diese Ueberlegung kurz als „geeignet" 60, 334; 50, 194; 61, 12; J. W. 05, 317, Gruchot: 54, 1127, D. J. Z. 1924, 476.

Titze [136]) meint, daß es sich bei der „Vollmacht" lediglich um eine Fiktion handele, die der Grundlage entbehre, so hat er mit dieser Behauptung unsere obige Erörterung nicht widerlegt. Er selbst hat uns mit seiner „Besitzlehre" keinen gangbaren Weg gezeigt, um dieses Problem zu lösen. — Wir sind nach der Darstellung bei der Ablehnung des Empfangsboten der Ansicht, daß ohne die Annahme einer Vollmacht der Zugang — und damit gleichzeitig ein Ergebnis, das der Verkehrsauffassung entspricht — nicht zu erfassen ist.

Im folgenden sind nun noch die Fälle zu untersuchen, wo nach unserer Auffassung eine Vollmacht nicht vorliegt. Dieses kann darauf beruhen, daß 1. die Verkehrsanschauung sie als nicht vorhanden ansieht (z. B. der Bote soll auf Antwort warten), 2. sie von dem Geschäftsherrn ausgeschlossen worden ist, 3. sie wegen Geschäftsunfähigkeit unmöglich ist.

Was die Fälle zu 1. anbetrifft, so herrscht auch unter denen, die den Empfangsboten ablehnen, Streit über die Rechtsnatur dieser Mittelsperson.

Hellwig [137]) will diese Mittelsperson nicht als Boten angesehen wissen. Er hält die Aufforderung des Geschäftsherrn an die Mittelsperson, auf Antwort zu warten, für eine Bevollmächtigung und damit die Mittelsperson für einen passiven Stellvertreter. Dieser Auffassung stehen einige Bedenken entgegen. Es geht zu weit, in dem Auftrage, auf Antwort zu warten, eine Bevollmächtigung zu erblicken. — Sollte die Mittelsperson z. B. ein Vertragsangebot überbringen, so würde bei zustimmender Antwort der Vertrag durch die Mittelsperson selbst abgeschlossen werden. — Die Mittelsperson könnte auch eine Offerte des Gegners nur sofort annehmen, da es sich um einen Vertragsabschluß unter Anwesenden handeln würde. Der Geschäftsherr wäre an das Rechtsgeschäft gebunden, während der Gegner von jeglicher Gefahr bezüglich falscher Uebermittlung und der daraus entstehenden Haftung befreit wäre. Sollte man aber diese Gründe nicht für ausreichend halten, so wäre doch,

---

[136]) Z. S. 424.
[137]) J. W. 05 S. 357.

wenn die Mittelsperson geschäftsunfähig wäre, nach unseren früheren Darlegungen die passive Stellvertretung ausgeschlossen.

Es soll hier nicht denen das Wort geredet werden, die diesen Fall als sehr häufig im Verkehrsleben vorkommend ansehen[138]) und die meinen, unser Verkehr könne ohne geschäftsunfähige Mittelspersonen einfach nicht bestehen. Aber auch wenn dieser Fall nicht sehr häufig eintritt, so muß man schon aus rein theoretischen Erwägungen darauf hinweisen, daß er mit der passiven Stellvertretung, nach unserer Auffassung jedenfalls, nicht gelöst werden kann. Der Fehler der Lehre Hellwig's liegt darin, daß sie viel zu allgemein gehalten ist. Aus einem derartigen Auftrage einfach in allen Fällen auf eine Bevollmächtigung schließen zu wollen, wird den Lebensverhältnissen nicht gerecht. Es ist immer im Einzelfall zu prüfen, ob eine Bevollmächtigung vorliegt oder nicht. In den meisten Fällen wird dieses kaum zutreffen. Vielmehr wird die Mittelsperson, die auf Antwort warten soll, durchweg als Bote des Erklärenden aufzufassen sein[139]). Zwar ist den Gegnern dieser Ansicht zuzugeben, daß doch der Bote des Geschäftsherrn von dem Antwortenden die Erklärung in Empfang nehmen muß. Aber diese Tatsache hat auf die weitere Uebermittlungstätigkeit keinen Einfluß; denn das „Empfangen" der Antwort in irgend einer Form ist nur Voraussetzung für die weitere Tätigkeit des Boten. Die Betrachtung eines derartigen Falles fordert einfach dazu heraus, den ursprünglichen Boten des Geschäftsherrn jetzt als Boten des Antwortenden aufzufassen. — Der Antwortende macht den Boten durch die Verwendung, in Bezug auf seine Antwort, zu seinem eigenen Boten.

Warum diese Lösung, die einer einfachen Betrachtungsweise entspricht, „gar zu gesucht"[140]) sein soll, ist schwer ver-

---

[138]) Cohn: S. 8.

[139]) So auch die herrschende Lehre, selbst Anhänger des Empfangsboten. Planck: § 130 III c, Titze: Mißverständnis S. 314, Oertmann: Recht 06, S. 726, Düringer-Hachenburg: II S. 50 Anm. 67, Koppers: D. J. Z. 06, 75 und Gruchot 46, 230, v. Tuhr: II, 1 S. 437 Anm. 204 ff., Windscheid-Kipp: I, S. 341, Dernburg: § 132 Anm. 8, Oppermann: Sächs. Arch. Bd. 13 S. 310 ff., Breit: Sächs. Arch. 15, 665, Biermann: § 106 Anm. 4, Plettenberg: S. 65 ff.

[140]) Bieber: S. 29.

ständlich. Wenn die Gegner dieser Auffassung behaupten, daß durch die Benutzung des Antwortenden zur Uebermittlung die Stellung der Mittelsperson als Boten des Erklärungsempfängers sich nicht verändere, so ist dieses falsch. — Verwendet der Antwortende die Mittelsperson, so ändert sich gerade durch die Erteilung der Antwort zwecks Uebermittlung die rechtliche Stellung der Mittelsperson. Er ist nun bezüglich dieser Erklärung nicht mehr Bote des Offerenten, sondern des Oblaten[141]).

Es ist auch falsch, wie wir schon früher gezeigt haben, in der Weisung, auf Antwort zu warten, auf den Willen des Geschäftsherrn zu schließen, daß die Tätigkeit seines Boten die Ueberbringung der Antwort des Gegners mit umfassen soll; oder weiterhin anzunehmen, die Verteilung der Gefahr, bei der Annahme eines Boten des Erklärenden, widerspräche dem Grundsatz der Billigkeit. Die letzteren Bemerkungen sind uns schon bekannt als Versuche, die Empfangsbotenlehre zu begründen. Es kann außer den früher geltend gemachten Gründen noch darauf hingewiesen werden, daß das Angebot des Geschäftsherrn lediglich die Vereinfachung des Verkehrs, die Möglichkeit einer schnelleren Uebermittlung der Antwort bezweckt[142]). Niemals aber braucht sich der Antwortende den Boten „aufoktroyieren" zu lassen[143]). — Kann der Antwortende durch die Mitteilung des Boten, er solle auf Antwort warten, auch im allgemeinen annehmen, daß dieser vertrauenswürdig ist, so wird er dadurch doch einer Prüfung der Zuverlässigkeit des Boten nicht enthoben.

Die Weisung des Geschäftsherrn an den Boten, auf Antwort zu warten, ist anders zu werten. — Sie bedeutet nicht nur eine rein tatsächliche Mitteilung an den Gegner, er möge den Boten auch seinerseits als Boten benutzen[144]). Es ist in dieser Mitteilung auch nicht nur eine Zustimmung des Geschäftsherrn, der Gegner könne seinen Boten benutzen, zu erblicken[145]). Diese beiden Deutungen würdigen die Mitteilung rechtlich nicht vollkommen. Aßmann hat insoweit sicherlich recht, als er in

---

[141]) Siehe auch Plettenberg: S. 55 u. a.
[142]) Aßmann: § 28 S. 68.
[143]) Kolping: S. 26.
[144]) Sperber: S. 23.
[145]) Aßmann: § 28 S. 68.

der Mitteilung des Boten, er solle auf Antwort warten, die Einwilligung des Geschäftsherrn zur Benutzung seines Boten und den Wunsch, eine schnelle Antwort zu erhalten, sieht. Er hat aber die Verpflichtung des Boten, die durch die Weisung seines Geschäftsherrn begründet wird, übersehen. Durch die Annahme der Anweisung durch den Boten wird dieser nämlich seinem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, die Antwort des Gegners entgegenzunehmen [146]). Handelt er also einerseits bei der Entgegennahme der Antwort in Ausführung einer seinem Geschäftsherrn gegenüber bestehenden Bindung, so wird er andererseits durch die Uebernahme auch gegenüber dem Antwortenden zu ordnungsgemäßer Ausführung verpflichtet und haftet ihm dafür.

Zu unserer Auffassung, daß diese Mittelsperson Bote des Erklärenden sei, bekennen sich, wie wir in einer früheren Anmerkung schon bemerkten [147]), für bestimmte Fälle unseres täglichen Lebens sogar Anhänger der Empfangsbotenlehre. Sie nehmen einen Boten des Erklärenden immer dann an, wenn der übersandte Bote überhaupt keine Ermächtigung oder nicht für die Form besaß. Titze geht über diese Annahme sogar noch hinaus. Er nimmt nämlich bei den den Mittelspersonen durch den Antwortenden mitgeteilten mündlichen Willenserklärungen an, daß diese Mittelspersonen nicht etwa Empfangsboten, sondern Bote des Erklärenden seien. Dieses Ergebnis beruht letzten Endes auf dem von uns schon früher gerügten Fehler, daß Titze aus der Besitzdienereigenschaft, die ja nur bei verkörperten Willenserklärungen in Frage kommen kann, den Zugang folgern will. — Wie Plettenberg [148]) mit Recht bemerkt verfällt er damit in eine Kasuistik, wie sie bei der Aufstellung einer allgemein gültigen Norm nicht gebilligt werden kann. —

Bezüglich des Zugangs der von dem Boten übermittelten mündlichen Willenserklärung gelten die im ersten Teile der Arbeit aufgestellten Grundsätze.

Aus allen diesen Erörterungen ersehen wir, daß die Mittelsperson, die als Bote des Geschäftsherrn, eine Erklärung des

---

[146]) Plettenberg: S. 60.
[147]) Siehe S. 57 dieser Abhandlung, bes. Titze: 2. Teil 1. Kap. § 18, 2.
[148]) S. 61.

Antwortenden empfängt, nur als Bote des Erklärenden anzusehen ist. Diese Auffassung entspricht einer natürlichen und billigen Betrachtungsweise, zu der ja sogar, wie oben gezeigt, Anhänger der Empfangsbotenlehre gelangen. Etwaige Härten können, wie schon Aßmann[149]) hervorhebt, durch die Anwendung des § 254 B. G. B. beseitigt werden[150]). Der Erklärende kann den etwaigen Schadensersatzansprüchen die Tatsache, daß er, der Geschäftsherr, ihm einen Boten, von dem er selber nicht genau wußte, ob er vertrauenswürdig sei, empfohlen habe, entgegenhalten.

Das Verhältnis des passiven Stellvertreters zum Boten des Erklärenden.

Wenn wir auch mit dieser Untersuchung die Rechtsnatur der Empfangspersonen geklärt haben, so ist weiterhin noch auf das Verhältnis des passiven Stellvertreters zum Boten einzugehen. — Haben die beteiligten Personen eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so wird fast immer ersichtlich sein, ob die Mittelspersonen als passive Stellvertreter oder Boten des Erklärenden anzusehen sind. Trifft dieses aber nicht zu, so ist hinsichtlich verkörperter Willenserklärungen, die an Personen der Hausgemeinschaft abgegeben werden, nach der Verkehrssitte anzunehmen, daß diese bevollmächtigt sind. Sollte diese Person aber geschäftsunfähig sein, so ist sie Bote des Erklärenden.

Bei mündlichen Willenserklärungen kann die Person der Hausgemeinschaft nur dann als bevollmächtigter Vertreter des Adressaten angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalles dieses rechtfertigen. In der Regel werden sie Boten des Erklärenden sein. Die Mittelsperson, die auf Antwort warten soll, wird auch in fast allen Fällen, soweit nicht ganz besondere Umstände auf einen anderen Willen der Beteiligten schließen lassen, als Bote des Erklärenden zu betrachten sein;

---

[149]) § 28 S. 70.

[150]) Die Begründung der Ansicht Locquenghien's S. 71 ff. ist falsch. (Leonhard L. S. 61). Nach § 254 kommt es auf das überwiegende Verursachen an.

einerlei, ob es sich um verkörperte oder mündliche Willenserklärungen handelt.

Mit diesen Richtlinien können wir die überwiegende Mehrzahl aller Fälle des täglichen Lebens lösen. Es fragt sich nur, wie die Mittelsperson, die als Vertreter auftritt, aber keine Vertretungsmacht hat, rechtlich zu werten ist. Endemann [151]) gelangt zu der Ansicht, daß jeder Mittler, der nicht zur Empfangnahme bestellt ist, Bote des Erklärenden sei. Es kann nicht geleugnet werden, daß dieses für eine große Anzahl Fälle zutreffen wird, doch kann man es in jener allgemeinen Form nicht aufrecht erhalten. — Würden wir jene Auffassung rückhaltlos anerkennen, so würden wir damit gleichzeitig die Möglichkeit einer passiven Stellvertretung ohne Vertretungsmacht ablehnen. Dieses können wir aber nicht; denn es ist unmöglich, daß eine Mittelsperson, die eine Erklärung statt des Vertretenen empfangen will, auch wenn sie keine Vertretungsmacht hat, in einen Boten, — der lediglich den Uebermittlungswillen hat, umgedeutet wird. Dieser Fall der passiven vollmachtslosen Stellvertreter, der selten im Verkehrsleben vorkommen wird, ist dann in der gleichen Weise zu lösen wie bei der aktiven vollmachtlosen Vertretung. Der vollmachtlose Vertreter bedarf zum Zustandekommen einer gültigen Erklärung der Genehmigung des Vertretenen, die dieser nach § 182 B. G. B. dem Erklärenden oder dem Vertreter gegenüber abgeben kann. Daraus ersehen wir, daß hier ein Tun des Vertretenen hinzukommen muß, damit die Erklärung gültig wird. Wenn er dagegen, wie Endemann meint, Bote des Erklärenden wäre, so müßte er handeln, um dem Adressaten die Erklärung zu übermitteln und so den Zugang zu bewirken. — Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß es, wenn auch nur selten, einen passiven vollmachtlosen Stellvertreter gibt.

Damit ist unsere letzte Untersuchung beendet. Wir glauben auf Grund der vorstehenden Erörterungen unsere Aufgabe ohne gekünstelte Konstruktionen gelöst zu haben.

---

[151]) § 64 Anm. 20.

Das Ergebnis lautet: Es gibt keinen Empfangsboten. — Die Empfangspersonen sind entweder Vertreter des Erklärungsempfängers oder Boten des Erklärenden.

Lebenslauf

Am 28. Juni 1907 wurde ich in Braunschweig geboren.

Ich besuchte 4 Jahre lang die damalige Bürgerschule und bestand dann die Aufnahmeprüfung auf der Gaußschule, Oberrealschule am Löwenwall, die ich nach 9 Jahren mit dem Zeugnis der Reife verließ.

In meinen ersten beiden Studiensemestern studierte ich Geschichte, anschließend begann ich Rechtswissenschaft zu studieren. 5 Semester lang blieb ich in Marburg, studierte dann in Berlin, wieder in Marburg und Berlin.

Neben geschichtlichem Studium befaßte ich mich während der 6 iuristischen Semester mit 2 Hauptgebieten, dem Bgl. Recht und dem Strafrecht.

Am 3. Juni 1930 bestand ich vor dem iuristischen Prüfungsausschuß am Oberlandesgericht in Braunschweig die erste iuristische Prüfung.

Nachdem ich von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zum Referendar ernannt worden war, begann ich am 8. Juli 1930 am Amtsgericht in Braunschweig, wo ich zur Zeit auch noch beschäftigt bin, meinen Vorbereitungsdienst.

Braunschweig, im November 1930.

Karl Dötzer